

L'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Romana Pacia, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Trstu

UDK: 347.635.3 (450)
Ur.: 22. travnja 2010.
Pr.: 20. lipnja 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

ALIMENTACIJSKA OBVEZA U TALIJANSKOM PRAVNOM PORETKU

Pretpostavke alimentacijske obveze su stanje nužde te ekonomske prilike dužnika. Prva pretpostavka dopušta razlikovanje tog instituta od drugih obveza doprinošenja i uzdržavanja. Isto tako dopušta poistovjećivanje navedenog instituta s nasljednopravnim uzdržavanjem u korist bračnoga druga rastavljenog sa zaduženjem ili razvedenoga bračnoga druga. Druga pretpostavka ne zahtijeva posebnu marljivost dužnika, pa tako odstupa od općeg pravila čl. 1175 c.c. Smatra se da pravo na alimentaciju, koje se prema čl. 445. c.c. može ostvariti od dana tužbe ili dana interpellatio morae, ukoliko slijedi tužba u roku od šest mjeseci, ne isključuje konstitutivnu prirodu presude, budući da tužba ili interpellatio morae imaju isključivu funkciju ograničavanja retroaktivnosti sudske odluke. Radi se o kompleksnom slučaju, čiji su elementi potestativno pravo tužitelja te odluka o utvrđivanju priloženih činjenica, praćena posljedičnom kondemnatornom presudom.

Suprotno prevladavajućem stajalištu drži se da je, uz konsenzus dužnika, zabrana cesije alimentacijske tražbine iz čl. 447. c.c. savladiva. Napose, nije moguće zaključiti da navedena norma predviđa neraspoloživost prava i glede onih aspekata koji nisu eksplicitno uređeni (odustajanje, nagodba, kompromis tijekom arbitraže). Iz čl. 448 c.c. te iz odredbe koja predviđa legat u čl. 660 c.c., proizlazi da privatni subjekti imaju pravo stvaranja alimentacijskih obveza te mogućnost primjene na ista rješenja predviđena za zakonske obveze.

Uredba (EZ) br. 4/2009 (u primjeni od 18. listopada 2011.), zamjenom prethodnih odredaba te implementacijom odredaba Haške Konvencije od 23. studenog 2007. i Haškog Protokola od 23. studenoga 2007., sadrži u jednom jedinstvenom zakonskom aktu odredbe o nadležnosti, primjeni prava, priznavanju, izvršenju odluka, sudskim nagodbama te javnim aktima, pokriću troškova sa strane države te suradnji među središnjim vlastima. Uredba prihvaća zajednički pojam alimentacijske obveze, kojom se misli i na uzdržavanje, a odnosi se isključivo na obiteljskopravne odnose. Glede pitanja

надлежности представляет kompletan i isključiv sustav, koji u cijelosti zamjenjuje domaće odredbe, a čl. 15. predviđa da se primjenjivo pravo odredi Haškim protokolom od 23. studenoga 2007.

Ključne riječi: *pojam, protek roka, raspoloživost, izvori, Uredba.*

1. FONDAMENTO DELL'ISTITUTO

Gli alimenti legali sono le prestazioni di assistenza materiale dovute per legge, da determinati soggetti, alla persona che si trova in stato di bisogno, al fine di consentirle di condurre una vita dignitosa¹. Diversamente dal c.c. 1865, dove le norme in tema di alimenti erano collocate nell'ambito dei rapporti che ne rappresentavano il presupposto, il legislatore del 1942 ha voluto dettare una disciplina organica della materia in un titolo apposito (il tredicesimo) del libro primo, alla fine delle disposizioni sul diritto di famiglia, e ha riconosciuto, altresì, per la prima volta l'obbligazione alimentare legale anche in ambito extrafamiliare, a carico del donatario². Entrambe le fattispecie contemplate negli artt. 433 ss. c.c., cioè l'appartenenza alla famiglia parentale o la presenza di un vincolo di gratitudine, mirano a realizzare, in ambito privatistico, quel dovere di solidarietà verso chi si trova in stato di bisogno, del quale sono espressione scelte normative operate anche in altri settori dell'ordinamento: è sufficiente ricordare, in ambito penale, il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570 c.p.; in sede costituzionale, gli artt. 2 e 3, 2° co., e 38 Cost.³; nonché, recentemente, leggi speciali volte a riordinare il settore dei servizi sociali, quale, ad esempio, la l. 8.11.2000, n. 328, legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

A questo riguardo, occorre premettere che la vicenda storica degli obblighi alimentari nell'ambito della famiglia e quella degli interventi assistenziali dello Stato hanno sempre seguito percorsi diversi, senza interferenze; oggi, tuttavia, la previsione di interventi pubblici sempre più incisivi in questo settore pone agli interpreti un problema di relazione tra vincolo alimentare e sistema di sicurezza sociale. Parte della dottrina pone ancora lo Stato in posizione sussidiaria, ma l'affermazione appare superata, non solo perché l'assistenza rappresenta un compito primario dello Stato, e lo dimostrano i sempre più numerosi interventi pubblici in materia, ma soprattutto perché l'azione della persona bisognosa nei confronti dei soggetti obbligati è del tutto discrezionale⁴; in ciò confortati anche dalle pronunce

1 V., per tutti, BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia-Le successioni*, 4° ed., Milano, 2005, 479.

2 Per una ricostruzione storica e per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a ARGIROFFI, *Degli alimenti*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2009, 21 ss.

3 Si rinvia a PERSIANI, in *Commentario della Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1979, sub art. 38, 232 ss.; VIOLINI, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, I, Torino, 2006, sub art. 38, 775 ss.

4 DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, in *Trattato Bessone, Il diritto di famiglia*, III, Torino, 1999,

della Corte Costituzionale, dove spesso si insiste sul “diritto” del soggetto destinatario delle prestazioni pubbliche⁵. Tuttavia, non è ancora configurabile un superamento del vincolo alimentare e sembra più corretto leggere il rapporto in termini di alternatività, ponendo i due sistemi, privato e pubblico, in un rapporto di reciproca autonomia e indipendenza⁶: pertanto, l’istituto rimane ancora attuale, sia per la sua non perfetta sovrapposizione alle forme di intervento pubblico, sia per il particolare ruolo che spesso solo il familiare può svolgere nell’assistenza alla persona bisognosa⁷.

Le norme in materia di alimenti legali, imponendo ad un soggetto di provvedere ad un altro gratuitamente, limitano la libertà personale e, quindi, devono considerarsi eccezionali⁸. La natura della posizione attiva correlata all’obbligo alimentare è discussa in dottrina, in merito, non tanto alla sua qualifica di diritto soggettivo, quanto piuttosto alle caratteristiche del medesimo, a cominciare dalla sua eventuale appartenenza ai diritti relativi della personalità: in questo senso, infatti, si esprime chi riconduce il diritto agli alimenti ai “diritti fondamentali di solidarietà che si realizzano attraverso l’altrui cooperazione”⁹, con la precisazione che la conseguente natura non patrimoniale del medesimo non esclude, però, la patrimonialità del suo oggetto, in quanto la prestazione alimentare è pur sempre suscettibile di valutazione economica¹⁰. Tuttavia, proprio quest’ultima considerazione induce ad affermare la natura patrimoniale del diritto in sé¹¹; nonché a ricondurre il medesimo, come si tratterà più avanti, alla categoria dei diritti potestativi o, secondo taluni, a quella dei diritti di credito¹².

La scelta del legislatore del 1942 di dettare un quadro normativo organico ed

545 ss.; ROLANDO, *Alimenti e mantenimento nel diritto di famiglia. Tutela civile, penale, internazionale*, Milano, 2006, 285 ss.

5 Corte Cost., 30.7.1981, nn. 173 e 174, in *Foro it.*, 1981, I, 2617.

6 In questo senso, DOGLIOTTI, *op.cit.*, 547; ROLANDO, *op.cit.*, 290 ss.

7 Così FINO, *Procura generale e richiesta di alimenti: un connubio possibile?*, in *Giur.it.*, 1992, I, 2, 397 s.; TERRANOVA, *Contributo ad una teoria unitaria delle prestazioni alimentari*, Napoli, 2004, 70 ss.

8 AULETTA, voce *Alimenti (dir.civ.)*, in *Enc.giur.*, I, Roma, 1988, 4.

9 Così BIANCA, *op.cit.*, 480, 486; GALLETTA, *Gli alimenti*, in *Trattato Ferrando*, II, Bologna, 2007, 927; SALA, *Gli alimenti*, in *Trattato Bonilini-Cattaneo, Il diritto di famiglia*, II, 2^a ed., Torino, 2007, 601.

10 AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, 28; BIANCA, *op.cit.*, 486.

11 Sulla natura patrimoniale, v. anche T.Bari, ord. 14.8.1991, in *Giur.it.*, 1992, I, 2, 396. Invece, nel senso di una duplice natura dell’obbligo familiare, se pure con prevalenza dell’elemento patrimoniale, DOGLIOTTI, *op.cit.*, 465 s.

12 In termini di diritto potestativo, v. soprattutto VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Milano, 1973, 72 ss., 125 ss.; ARGIROFFI, *op.cit.*, 125 ss.; PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario cod.civ.* diretto da E.Gabrielli, *Della famiglia* a cura di Balestra, III, Torino, 2009, sub art. 445, 549 ss.; anche G.B.FERRI, *Degli alimenti*, in *Commentario dir.it.famiglia*, IV, Padova, 1992, 663. Nel secondo senso, TAMBURRINO, *Le persone fisiche*, in *Giur.sist.Bigiavi*, Torino, 1990, 460; in giurisprudenza, App.Trieste, 27.7.1956, in *Rep.Foro it.*, 1957, voce *Alimenti*, n. 11; Cass.civ., 6.3.1970, n. 557, in *Giust.civ.*, 1970, I, 1020.

autonomo della materia, è da condividere, ma può apparire strana la collocazione nel libro primo al termine della disciplina del diritto di famiglia, perché, anche laddove il rapporto interessa soggetti legati da un vincolo familiare, non va dimenticato che l'istituto opera in una nozione di famiglia molto estesa, parentale appunto, e quindi diversa da quella c.d. "nucleare", alla quale è dedicato quasi esclusivamente il libro primo¹³.

Al riguardo, poi, occorre tenere conto dei profondi mutamenti normativi nel frattempo intervenuti, sia con l'introduzione del divorzio, sia con la riforma del diritto di famiglia, i quali hanno esteso l'obbligo assistenziale a momenti particolari della patologia coniugale, dove la prestazione prescinde dall'esistenza attuale di un vincolo familiare (si pensi alle conseguenze patrimoniali del divorzio e del matrimonio putativo) o, addirittura, è dovuta da chi può non avere mai avuto alcun legame con l'avente diritto, come negli assegni a carico dell'eredità previsti dagli artt. 548, 2°co., 585, 2°co., c.c. e 9 *bis* l. divorzio¹⁴.

In realtà, in attesa di un auspicabile intervento legislativo, sarebbe opportuno ripensare il rapporto alimentare alla luce delle sopravvenute novità normative e della disciplina delle obbligazioni in generale¹⁵. Spesso, il rifiuto di ricondurre a quest'istituto altre figure di natura sostanzialmente alimentare, deriva dalla volontà di mantenere inalterato il disegno organico prospettato dal codice e di non consentire in taluni casi deviazioni dalla disciplina autonoma e separata degli artt. 433 ss. c.c., ravvisandovi un *unicum* nel settore dei rapporti obbligatori: in questa prospettiva, finiscono per trovare giustificazione anche le interpretazioni fortemente restrittive di alcune norme, in particolare dell'art. 447 c.c. sulla disponibilità del credito alimentare; nonché, più in generale, la costante sottrazione della materia all'autonomia privata, nel senso di ritenere le norme in commento inapplicabili agli alimenti di fonte convenzionale.

2. ISTITUTI AFFINI: MANTENIMENTO E ASSEGNO DI DIVORZIO, ASSEgni SUCCESSORI, SUSSIDIO AL FALLITO, ANTICIPAZIONI ALLA FAMIGLIA COLONICA

L'obbligo legale agli alimenti, quando interessa i congiunti, va distinto, nei presupposti e nella disciplina, da altri istituti che, nell'ambito della famiglia per lo più nucleare, sono anch'essi legati alla solidarietà familiare.

Il riferimento, anzitutto, è all'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia, che grava su entrambi i coniugi *ex art.* 143, 3°co., c.c. e sul figlio convivente *ex art.*

13 SALA, *op.cit.*, 599. La non appartenenza del diritto agli alimenti all'ambito dei rapporti familiari è stata affermata da Cass.civ., 6.3.1970, n. 557, cit., la quale, nel giudizio di delibazione di una sentenza di condanna agli alimenti a favore del figlio naturale, ha ritenuto non invocabili i principi di ordine pubblico in materia familiare, dovendosi applicare l'abrogato art. 25 disp. prel.c.c. in tema di obbligazioni patrimoniali.

14 In argomento, v. ARGIROFFI, *op.cit.*, 27 ss.

15 ARGIROFFI, *op.cit.*, 233 ss.

315 c.c.; al dovere di mantenimento del figlio, che grava sui genitori *ex art.* 147 c.c. e, in via sussidiaria, sugli ascendenti anche naturali *ex art.* 148 c.c.; in caso di separazione personale, all'eventuale dovere di mantenimento del coniuge che non abbia adeguati redditi propri ed al quale non sia addebitabile la separazione *ex art.* 156 c.c.; al mantenimento previsto a favore del familiare collaboratore nell'impresa familiare dall'*art.* 230 *bis*, 1°co., c.c. e a favore del coniuge in buona fede nell'ambito del matrimonio putativo dagli *artt.* 129, 1°co., e 129 *bis* c.c.¹⁶. Le obbligazioni appena ricordate si differenziano dagli alimenti, perché prescindono dallo stato di bisogno, inteso come incapacità di provvedere al proprio sostentamento, e hanno un contenuto più ampio, in quanto mirano ad integrare in una comune condizione economica e sociale le persone legate dal rispettivo diritto ed obbligo, con una diversità, non solo quantitativa, ma anche qualitativa rispetto agli alimenti¹⁷.

Nell'ambito del divorzio, invece, l'*art.* 5, 6°co., l. divorzio riconosce al coniuge, "che non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive", il diritto ad un assegno, tenuto conto però anche di numerosi altri parametri, quali le condizioni e il reddito dei coniugi, il contributo dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione dei rispettivi patrimoni e di quello comune, le ragioni della decisione e, infine, la durata del matrimonio. E' frequente l'affermazione che il medesimo costituisce un effetto diretto della pronuncia di divorzio, da determinarsi con criteri propri ed autonomi¹⁸. In particolare, gli interpreti, pur concordi sulla funzione assistenziale dell'assegno di divorzio, sono tuttavia divisi sul significato da attribuire all'adeguatezza dei mezzi: la mancanza di un parametro di riferimento ha condotto a risultati differenti, secondo che la medesima venga rapportata al tenore di

16 Sul dovere di contribuzione e sugli obblighi di mantenimento, v. ampiamente DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1994, 29 ss., 49 ss.

17 Per un approfondimento sul contenuto del mantenimento in relazione a quello dell'obbligo alimentare, si rinvia a G.B.FERRI, *op.cit.*, 589 ss. Con riferimento al mantenimento tra coniugi separati, da ultimo, Cass.civ., 9.10.2007, n. 21097, in *Fam. e dir.*, 2008, 334, con nota di C.CARBONE, *Criteri di determinazione e modalità di valutazione dell'assegno di mantenimento*; Cass.civ., 7.7.2008, n. 18613, in *Foro it.*, 2008, I, 3157, con ampia nota redazionale di CASABURI; App. Brescia, 16.6.2008, in *Fam. e dir.*, 2009, 259, con nota di LOCATELLI, *Separazione giudiziale, obblighi di mantenimento e variazioni reddituali per volontaria cessazione dell'attività lavorativa del debitore*. In relazione al mantenimento nella separazione, è ancora minoritaria l'opinione di chi lo rapporta a normali e dignitose esigenze di vita, indipendenti però dalla situazione di benessere goduta in costanza di matrimonio: in questo senso, M.BIN, *I rapporti di famiglia*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 1989, 325 s. Sull'argomento, anche per il tentativo di ridurre, in una prospettiva europea, le contrapposizioni tra le varie figure con funzione assistenziale, ivi compreso l'assegno di divorzio, si rinvia diffusamente a CUBEDDU, *I contributi e gli assegni di separazione e di divorzio*, in *Trattato Ferrando*, I, Bologna, 2007, 871 ss.; S.PATTI, *Crisi del rapporto coniugale e obblighi di mantenimento*, in *Crisi della famiglia e obblighi di mantenimento nell'Unione Europea* a cura di Roppo e Savorani, Torino, 2008, 21 ss.

18 Cass.civ., 23.6.2008, n. 17017, in <http://bd46.leggiditalia.it>. Sul tema, ampiamente, CUBEDDU, *op.cit.*, 871 ss.; FINESSI, in ZACCARIA, *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2008, *sub art.* 5, 6°co., l.div., 1375 ss.

vita coniugale¹⁹, oppure ad un'esistenza libera e dignitosa²⁰ o, addirittura, allo stato di bisogno²¹. Tuttavia, anche a volere ravvisare nello stato di bisogno, così come inteso in ambito alimentare, il presupposto dell'assegno di divorzio, non bisogna dimenticare la rilevanza attribuita dalla legge agli ulteriori parametri indicati nell'art. 5, 6°co., l. divorzio, per aumentare o diminuire il *quantum* della prestazione: di qui la necessaria conclusione che l'assegno di divorzio presenta una configurazione diversa ed autonoma dal normale credito alimentare.

Più delicato si presenta il problema in ambito successorio, dove il legislatore sembra riconoscere un assegno di natura alimentare al coniuge separato con addebito ed anche al coniuge divorziato.

Nella prima ipotesi, l'art. 548, 2°co., c.c., richiamato dall'art. 585, 2°co., c.c., attribuisce al coniuge solo un assegno vitalizio, se al momento dell'apertura della successione godeva degli alimenti legali a carico del coniuge deceduto, trovandosi in stato di bisogno: l'ammontare non può eccedere quello goduto a titolo di alimenti e va commisurato alle sostanze ereditarie, alla qualità e al numero degli eredi legittimi. Appare preferibile la tesi che riconosce all'assegno carattere anche alimentare, cui non sono di ostacolo, né la natura di riserva, né il carattere vitalizio, da intendersi come non eccedente la vita dell'avente diritto, nel perdurare però dello stato di bisogno²².

19 Tesi prevalente nella giurisprudenza, che considera i criteri indicati dall'art. 5, 6°co., l. divorzio, come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto: Cass.civ., S.U., 29.11.1990, n. 11490, in *Giust.civ.*, 1990, I, 2789; Cass.civ., 2.7.2007, n. 14965, Cass.civ., 12.7.2007, n. 15610, Cass.civ., 12.7.2007, n. 15611, in *Fam. e dir.*, 2007, 1090, con nota di R.RUSSO, *Ancora sull'assegno divorzile: la Cassazione conferma l'orientamento*; Cass., 14.1.2008, n. 593, in *Fam.pers.succ.*, 2008, 903, con nota di ZAULI, *Presupposti e determinazione dell'assegno di mantenimento in seguito a divorzio*, e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali; Cass.civ., 14.11.2008, n. 27234, in *Foro it.*, 2009, I, 414; Cass.civ., 30.3.2009, n. 7614, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2009, I, 907, dove il parametro di riferimento è il tenore di vita anche solo potenziale, rispetto a quello effettivamente goduto; Cass.civ., 4.5.2009, n.10221, in *Fam. e dir.*, 2009, 894; altresì sottolineando l'irrelevanza, sotto il profilo dell'*an*, della durata (nel caso molto breve) del matrimonio (Cass.civ., 3.12.2008, n. 28741, in *Fam. e dir.*, 2009, 467; Cass.civ., 4.2.2009, n. 2721, *ibidem*, 682). In dottrina, fra i tanti, BIANCA, *op.cit.*, 277 ss.; DOSSETTI, *Gli effetti della pronunzia di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, in *Trattato Bonilini-Cattaneo*, I, 2°ed., Torino, 2007, 786 ss.; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 3°ed., Padova, 2009, 156 s.

20 E'questa l'opinione prevalente in dottrina (per tutti, BARBIERA, *Il matrimonio*, Padova, 2006, 334 ss.; BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, 3°ed., Milano, 2010, 572 ss.), ma isolata in giurisprudenza, soprattutto dopo le S.U. del 1990 (Cass.civ., 17.4.1991, n. 4098, in *Foro it.*, 1991, I, 1412; Trib.Parma, 12.11.1998, in *Fam. e dir.*, 1999, 169).

21 Trattasi di tesi minoritaria: da ultimo, ARGIROFFI, *op.cit.*, 64 ss., spec. 71 ss.

22 G.GABRIELLI, in *Commentario dir.it.famiglia*, V, Padova, 1992, sub art. 548, 85 ss.; BIANCA, *op.cit.*, 233 s.; BASINI, *I diritti successorii del coniuge separato*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, III, Milano, 2009, 204 ss.; CANTELMO, *I beneficiari della riserva*, in *Trattato breve successioni e donazioni* diretto da Rescigno e coordinato da Ieva, I, 2 ed., Padova, 2010, 575 s. Diversamente, MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 6°ed., Milano, 1999, 190

Nella seconda ipotesi, l'art. 9 bis l. divorzio prevede, in presenza di determinati presupposti, titolarità dell'assegno di divorzio e stato di bisogno, la possibilità di attribuire, dopo il decesso dell'obbligato, un assegno periodico a carico dell'eredità, tenendo conto dell'importo dell'assegno post-coniugale, dell'entità del bisogno, del numero e della qualità degli eredi e delle loro condizioni economiche²³. Anche senza affrontare il problema della natura successoria dell'assegno²⁴, il carattere alimentare sembra difficilmente contestabile, sia per il riferimento allo stato di bisogno²⁵, sia per la previsione testuale della caratteristica più significativa degli alimenti, cioè la possibilità che il diritto nasca e, ove cessato, risorga in corrispondenza della situazione di bisogno²⁶.

Da quanto detto, con riferimento ad entrambi gli assegni, dovrebbe conseguire l'applicabilità delle norme in materia di alimenti, in quanto compatibili²⁷.

Nell'ambito del fallimento, l'art. 47, 1°co., l. fall. dispone che, "se al fallito vengono a mancare i mezzi di sussistenza, il giudice delegato, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, può concedergli un sussidio a titolo di alimenti per lui e per la famiglia". Anche se l'espressione usata dalla legge appare analoga allo stato di bisogno, tuttavia la fattispecie non è riconducibile all'istituto in esame, e ciò per varie ragioni: anzitutto, trattasi di prestazioni provenienti dallo stesso patrimonio del fallito²⁸; inoltre, il sussidio può essere disposto a favore, non solo del fallito, ma anche della sua famiglia; ma soprattutto la sua concessione è rimessa alla discrezionalità del giudice e non costituisce un diritto soggettivo²⁹.

ss.; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle successioni*, 2°ed., Torino, 2003, 127; BARBIERA, *op.cit.*, 367 s.; MASCHERONI, in *Commentario cod.civ.* diretto da E.Gabrielli, *Delle successioni* a cura di Cuffaro e Delfini, I, Torino, 2009, 582 ss.

23 Sul tema, ampiamente, BONILINI, *I diritti successori del coniuge divorziato*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, III, cit., 229 ss.

24 Secondo la maggior parte degli interpreti, trattarsi di un legato *ex lege*: MENGONI, *op.cit.*, 200 ss.; BIANCA, *op.cit.*, 307; BONILINI, *op.ult.cit.*, 250 ss.; MASCHERONI, *op.cit.*, sub art.548, 588. Invece, parlano di diritto di credito a contenuto alimentare, DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, 268; BARBIERA, *op.cit.*, 376 ss.

25 TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, in *Trattato Zatti*, I, 2, Milano, 2002, 1284 s.; BARBIERA, *op.cit.*, 376 s.; Cass.civ., 17.7.1992, n. 8687, in *Foro it.*, 1993, I, 790; Cass.civ., 14.5.2004, n. 9185, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2005, I, 515. Tuttavia, altri identifica lo stato di bisogno con la mancanza di quei mezzi adeguati che rilevano ai fini dell'assegno di divorzio per consentire un'esistenza economicamente autonoma, libera e dignitosa (BONILINI, *op.ult.cit.*, 242 s.) o per mantenere il livello di vita matrimoniale (BIANCA, *op.cit.*, 305 s.).

26 MENGONI, *op.cit.*, 205 s.; TOTARO, *op.cit.*, 1286 ss.; SESTA, *op.cit.*, 169; CANTELMO, *op.cit.*, 576 s.; v., però, BIANCA, *op.cit.*, 306 s., e SALA, *op.cit.*, 628, che parlano di legato assistenziale.

27 Per ulteriori riferimenti, si rinvia a PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 483 s.; limitatamente all'ipotesi dell'art.9 bis l.div., MASCHERONI, *op.loc.ult.cit.*

28 BIANCA, *op.cit.*, 481.

29 DOGLIOTTI, *Doveri familiari*, cit., 187 ss.; SALA, *op.cit.*, 615; in giurisprudenza, Cass.civ., 14.5.2001, n. 3664, in *Fallimento*, 2002, 141, con nota di CECCHERINI, *Alimenti e diritti soggettivi nel fallimento*; Cass.civ., 25.2.2002, n. 2755, in *Dir.fall.*, 2002, II, 199, con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Il fallito non ha diritto agli alimenti, ma una mera aspettativa. Contra* Cass.civ., 14.4.1999, n. 3518, in *Dir.fall.*, 2000, II, 317, con nota di RAGUSA MAGGIORE,

Da ultimo, con riferimento al contratto di mezzadria, l'art. 2154 c.c. stabilisce l'obbligo del concedente di somministrare senza interessi il necessario per il mantenimento della famiglia colonica, quando il raccolto, per causa non imputabile al mezzadro, sia insufficiente a coprire i bisogni alimentari della stessa; con potere del giudice di disporre il rimborso rateale. Il carattere di anticipazione dell'assegno e la possibilità di un suo rimborso escludono la riconducibilità della figura agli alimenti legali³⁰.

3. I SOGGETTI OBBLIGATI

Le disposizioni, che individuano i soggetti tenuti all'obbligazione alimentare, sono contenute negli artt. 437 e 433 c.c.: il primo contempla il donatario con precedenza su ogni altro obbligato, fatta eccezione per le donazioni obnuziale e remuneratoria; il secondo contiene un elenco di soggetti chiamati alla prestazione alimentare, dopo il donatario, sulla base del particolare legame di coniugio, parentela o affinità con l'avente diritto.

In relazione al donatario, la *ratio* della norma risiede nell'esigenza di tutelare la famiglia del donante che, delusa nelle aspettative ereditarie dei beni donati, non dev'essere costretta a farsi carico anche del sostentamento del donante³¹. L'obbligo del donatario ha sempre fonte legale ed il contratto di donazione è solo "elemento costitutivo di una fattispecie complessa", cui la legge ricollega l'effetto alimentare³². Nel silenzio della legge, si discute se siano fonte dell'obbligo alimentare solo

Gli alimenti al fallito: diritto soggettivo del fallito o facoltà del giudice?

30 G.B.FERRI, *op.cit.*, 574; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 189 s.; SALA, *op.cit.*, 614 s.

31 Così, da ultimo, CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt.dir.civ. Consiglio Nazionale Notariato* diretto da Perlingieri, Esi, Napoli, 2009, 664; SALA, *L'obbligo alimentare del donatario*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, 1009 s.; ARGIROFFI, *op.cit.*, 41 ss.. Altri individua il fondamento della previsione nel dovere di gratitudine e di riconoscenza che lega il beneficiario al donante (così VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, in *Trattato Rescigno*, 4, *Persone e famiglia*, III, 2°ed., Torino, 1997, 973; BIANCA, *op.cit.*, 480; in giurisprudenza, Trib. Napoli 15.5.1975, in *Dir.e giust.*, 1976, 549); ma tale giustificazione male si concilia con il limite quantitativo posto all'obbligo del donante dall'art. 438, 3°co., c.c., con l'esclusione delle donazioni obnuziali e, soprattutto, con la collocazione del donatario al primo posto tra i soggetti obbligati.

32 Nello stesso senso anche la giurisprudenza tributaria, per la quale deve applicarsi l'aliquota prevista per gli atti a titolo gratuito anche al contratto di donazione che richiami l'obbligo alimentare del donatario, non essendo questo elemento sufficiente, salvo prova contraria, a fare ritenere che l'obbligo costituisca il corrispettivo della donazione: Comm.Trib.cent., 3.10.1984, n.8519, in *Dir.prat.trib.*, 1985, II, 899, con nota di URICCHIO, *Sulla gratuità della donazione con obbligo di alimenti a carico del donatario. Profili probatori*. AULETTA, *Legato di alimenti, obbligo alimentare del donatario e conseguenze revocatorie dell'attribuzione. Rilevanza dello stato di bisogno per l'attivazione delle tutele*, in PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, in *Trattato Alpa-Patti*, Padova, 2008, 689, dal fatto che l'obbligazione legale presuppone lo stato di bisogno, trae l'ovvia conseguenza che il donatario non è tenuto ad alcuna prestazione verso il donante, che sia anche beneficiario di un legato di alimenti, perché l'obbligazione convenzionale precede quella legale.

il contratto di donazione dell'art. 769 c.c. ovvero anche le liberalità atipiche o donazioni indirette, ma è preferibile la seconda soluzione, sia per la *ratio* della norma, sia per un argomento sistematico: infatti, l'indebito rifiuto degli alimenti da parte del donatario, che sia anche familiare dell'alimentando, è causa di revocazione della donazione per ingratitudine, ai sensi dell'art. 801 c.c.; ma il successivo art. 809, 1°co., c.c. dispone che a tale istituto sono soggetti anche gli atti di liberalità diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., con ciò mostrando di presupporre che l'obbligazione alimentare gravi anche sul beneficiario di donazioni indirette³³.

L'art. 437 c.c. indica due casi, nei quali la donazione non costituisce presupposto per l'obbligo di prestare gli alimenti: il primo è costituito dalla donazione obnuziale dell'art. 785 c.c.; il secondo è riferito alla donazione remuneratoria dell'art. 770, 1°co., c.c., dove la liberalità è fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione. A queste fattispecie testualmente previste, devono aggiungersi anche le liberalità fatte in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi: anzitutto, non sono considerate donazioni dall'art. 770, 2°co., c.c.; inoltre, l'art. 809, 2°co., c.c. non ammette per queste liberalità la revocazione per ingratitudine, così come l'art. 805 c.c. non la consente per le due esclusioni testuali dell'art. 437 c.c.; infine, trattasi di attribuzioni patrimoniali modeste, tali da non incidere sensibilmente sul patrimonio del donatario³⁴.

Se il valore della donazione non è sufficiente a coprire i bisogni dell'alimentando e se tra donante e donatario esiste anche un vincolo familiare, il secondo sarà tenuto a prestare gli alimenti nell'ordine dell'art. 433 c.c. e in proporzione alle proprie condizioni economiche. In questa seconda ipotesi, se il donatario rifiuta gli alimenti indebitamente, cioè in presenza di tutti i presupposti dell'obbligo alimentare, trova applicazione l'art. 801 c.c. e il donante può chiedere la revocazione della donazione per ingratitudine, al valore che essa aveva al tempo dell'attribuzione, o in via alternativa agire per gli alimenti³⁵. Il rinvio operato dall'art. 801 c.c. alle prestazioni dovute ai sensi degli artt. 433 e 436 c.c., e non anche dell'art. 437 c.c., comporta che la revocazione sia possibile solo quando il donatario è parente o affine del donante e la soluzione si giustifica perché solo in presenza di rapporti anche familiari la condotta del beneficiario dell'atto di liberalità appare particolarmente deplorabile e tale da giustificare simile sanzione³⁶.

33 In questo senso, PROVERA, *Degli alimenti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, 69 s.; ARGIROFFI, *op.cit.*, 46 s.; SALA, *op.ult.cit.*, 1013; GATT, *La liberalità*, Torino, 2000, 52, limita l'applicabilità della norma alle fattispecie in cui rileva giuridicamente l'*animus donandi*. Contra BIANCA, *op.cit.*, 482, nota 16.

34 Da ultimo, SALA, *op.ult.cit.*, 1013.

35 Da ultimo, ARGIROFFI, *op.cit.*, 45.

36 Così anche in giurisprudenza: Cass. 17.5.1968, n.1557, in *Foro it.*, 1968, I, 1784; Trib.Napoli, 14.6.2004, in *Giur.mer.*, 2005, 825; in dottrina, da ultimo, TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 2°ed. a cura di Carnevali e Mora, Milano, 2006, 684 s.; CALICE, *La revocazione della donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, VI, cit., 1232; G.SCOGNAMIGLIO, *La revocazione delle donazioni*, in *Trattato breve successioni e donazioni*, cit., II, 2°ed., Padova, 2010, 569. Altri, considerata l'identità di *ratio* dell'obbligo alimentare nelle due ipotesi, estende la sanzione della revocazione anche al

L'elenco dei soggetti chiamati, di cui all'art. 433 c.c., è da considerarsi tassativo e l'obbligo grava sui congiunti in ordine di prossimità, nel senso che il primo soggetto in grado di adempiere esclude quelli di grado successivo, come risulta testualmente dall'art. 441, 2° co., c.c. in tema di concorso di obbligati di grado diverso³⁷.

Il coniuge è il primo familiare sul quale grava l'obbligazione alimentare, che però ha carattere residuale, in quanto egli è normalmente tenuto al più ampio obbligo di assistenza morale e materiale, nonché di contribuzione ai bisogni della famiglia ai sensi dell'art. 143 c.c.: pertanto, al di fuori dell'assegno a favore del coniuge dell'assente, previsto dall'art. 51 c.c., e di talune ipotesi legate alla patologia del rapporto coniugale, sono davvero limitati i casi in cui può parlarsi di rapporto alimentare.

Un problema di alimenti può sorgere nell'ipotesi di allontanamento ingiustificato dalla residenza familiare, perchè l'art. 146, 1° co., c.c. dispone la sospensione dell'assistenza morale e materiale nei confronti del coniuge che, allontanatosi, rifiuta di riprendere la convivenza. All'opinione della giurisprudenza e di parte autorevole della dottrina che affermano la sospensione di qualsiasi obbligazione alimentare, richiamandosi alla funzione coercitiva della norma³⁸, è da preferire l'orientamento favorevole alla permanenza dell'obbligo alimentare, sia per la lettera della legge, in quanto l'assistenza morale e materiale è cosa diversa, anche sotto il profilo qualitativo, dagli alimenti³⁹; sia perchè sarebbe incongruo fare derivare dall'allontanamento effetti maggiormente pregiudizievoli per il coniuge rispetto a quelli conseguenti ad una separazione con addebito⁴⁰.

Con la separazione legale viene meno il dovere reciproco di contribuzione e ad esso può eventualmente sostituirsi l'obbligo di mantenimento, su accordo tra i coniugi o per provvedimento giudiziale nell'ipotesi dell'art. 156, 1° co., c.c., quando ne faccia richiesta il coniuge privo di adeguati redditi propri, al quale non sia addebitabile la separazione: il mantenimento, però, ha presupposti e contenuto diversi dall'obbligo alimentare. Pertanto, un diritto agli alimenti è configurabile, ai sensi del terzo comma della norma, solo a favore del coniuge, al quale sia stata addebitata la separazione.

La cessazione del vincolo coniugale può comportare la nascita di un obbligo alimentare solo nel caso di matrimonio putativo nell'ipotesi contemplata dall'art. 129 *bis*, 1° co., c.c.: si prevede, infatti, che il coniuge, cui sia imputabile la nullità

donatario non familiare e propone di superare la lettera della norma riconducendo il rifiuto degli alimenti al parametro dell'ingiuria grave: SALA, *op.ult.cit.*, 1021 s.; v. anche CARRABBA, *op.cit.*, 672 ss.

37 L'opinione è pacifica: *ex plurimis* BIANCA, *op.cit.*, 481.

38 In particolare, AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 5; GALLETTA, *op.cit.*, 933; in giurisprudenza, da ultimo, Cass.civ., 25.10.1978, n. 4842, in *Foro it.*, 1980, I, 1135, con nota critica di IANNARELLI, *L'allontanamento dalla residenza familiare ed i rapporti patrimoniali tra coniugi*.

39 G.B.FERRI, *op.cit.*, 606 s.; SALA, *Gli alimenti*, cit., 606.

40 Con possibili profili di legittimità costituzionale: DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., 473.

del matrimonio, debba corrispondere all'altro coniuge una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto, di ammontare non inferiore alla somma corrispondente al mantenimento per un triennio; inoltre, è tenuto a prestare gli alimenti, se non vi sono altri obbligati. La seconda previsione, introdotta con la riforma del 1975, presenta alcune peculiarità, perchè la pretesa alimentare è legata, non ad una posizione familiare dell'avente diritto, ma ad un fatto che lo riguarda (la contrazione del matrimonio in buona fede), ed il corrispondente obbligo è dettato anche a titolo di sanzione per l'altro coniuge⁴¹: è proprio questa natura sanzionatoria che giustifica la previsione di un obbligo alimentare a carico di chi, altrimenti, non vi sarebbe tenuto e giustifica, altresì, la sua collocazione all'ultimo posto dei chiamati indicati dall'art. 433 c.c.⁴². Il diritto agli alimenti è riconosciuto senza limiti di tempo, ma deve ritenersi, nel silenzio dell'art. 129 *bis* c.c., che il medesimo cessi con il passaggio a nuove nozze del titolare, in analogia a quanto disposto dall'art. 129, 1°co., c.c. e dall'art. 5, 10°co., l. divorzio, perchè è alla nuova famiglia che spetta il compito di provvedere al suo sostentamento⁴³.

Da ultimo, una particolare ipotesi di obbligo alimentare è prevista dall'art. 51 c.c. a favore del coniuge dell'assente, il quale, "oltre a ciò che gli spetta per effetto del regime patrimoniale dei coniugi e per titolo di successione, può ottenere dal tribunale, in caso di bisogno, un assegno alimentare da determinarsi secondo le condizioni della famiglia e l'entità del patrimonio dell'assente". Il riferimento allo stato di bisogno ed al contenuto dell'obbligo inducono a ritenere che trattasi, non già di un diritto successorio⁴⁴, bensì di un vero e proprio assegno alimentare, interamente soggetto alla disciplina del codice, tranne che per quanto riguarda la durata, dal momento che l'obbligo correlativo, gravante sulle rendite di chi è stato immesso nel godimento temporaneo dei beni dell'assente, è destinato ad estinguersi col venire meno della situazione di incertezza⁴⁵.

L'art. 433, n.2, c.c., dopo il coniuge, individua nell'ordine dei chiamati i figli legittimi, legittimati, naturali e adottivi, i quali sono tutti egualmente obbligati e, nel concorso, sono tenuti in proporzione delle rispettive condizioni economiche, secondo la regola dell'art. 441, 1°co., c.c.; nel caso di mancanza, da intendersi anche come impossibilità economica, dei figli, l'obbligo passa ai discendenti in ordine di prossimità, ed anche in questo caso i discendenti legittimi si trovano parificati a quelli naturali. Peraltro, di un obbligo alimentare dei figli può parlarsi solo quando,

41 In particolare, G.B.FERRI, *op.cit.*, 607 s.; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 941 s.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 470 s.

42 Invece, considera "strana" la scelta di posporre il coniuge agli altri obbligati, TRABUCCHI, voce *Alimenti*, in *Noviss.Dig.it.*, App., I, Torino, 1980, 230; mentre TERRANOVA, *op.cit.*, 193, ritiene il dato letterale insufficiente a sovvertire tutto il sistema dei soggetti obbligati.

43 In questo senso, VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 942; AULETTA, *Gli effetti dell'invalidità del matrimonio*, in *Trattato Ferrando*, I, cit., 320.

44 Così, invece, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 474 s.

45 In questo senso, PROVERA, voce *Alimenti*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, 264; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 947; PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 497 s., cui si rinvia in merito alla *ratio* della previsione.

cessata la convivenza con i genitori, venga meno anche il loro obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia, ai sensi dell'art. 315 c.c.⁴⁶.

L'adozione, cui si riferisce la legge, è quella ordinaria di persone maggiori di età ex artt. 291 ss. c.c. e quella di minori in casi particolari, prevista dagli artt. 44 ss. l. adoz. e disciplinata dalle medesime regole in virtù del richiamo ivi contenuto nell'art. 55, perché l'adozione legittimante produce gli stessi effetti della filiazione legittima⁴⁷. Per quanto riguarda i discendenti, è preferibile la soluzione che esclude dalla nozione gli adottati, sempre con adozione ordinaria, dal figlio adottivo dell'alimentando: non solo per il dato letterale che, menzionando "i discendenti prossimi, anche naturali", sembra riferirsi, alternativamente, solo a quelli legittimi⁴⁸; ma soprattutto perché l'art. 433, n. 3, c.c., nell'ipotesi inversa, riconosce il diritto agli alimenti dell'adottato nei confronti dell'adottante e non anche degli ulteriori ascendenti⁴⁹.

Dopo i discendenti, nell'ordine degli obbligati sono chiamati i genitori, anche in questo caso con totale equiparazione tra parentela legittima e naturale. Però, su entrambi prevalgono, ai sensi del successivo art. 436 c.c., gli adottanti, sempre con adozione non legittimante⁵⁰: quest'ultima, tuttavia, attenua, senza escludere, il vincolo dell'adottato con la propria famiglia d'origine e di conseguenza, nel caso di revoca o di annullamento dell'adozione, ovvero di mutamento delle condizioni economiche dell'adottante, risorge l'obbligo dei genitori legittimi o naturali nei confronti dell'adottato, quantunque posposto a quello del coniuge, dei figli e dei discendenti dell'alimentando⁵¹.

Solo in mancanza di genitori, sono tenuti agli alimenti gli ascendenti, legittimi o naturali, in ordine di prossimità: tuttavia, deve ritenersi che l'obbligo di questi ultimi non subentri nel caso in cui uno solo dei genitori versi in stato di impossibilità, poiché è necessario che anche i mezzi economici dell'altro genitore siano insufficienti⁵².

46 Per tutti, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 475. Invece, si discute se siano tenuti agli alimenti anche i figli naturali non riconosciuti e quelli non riconoscibili, ai quali la legge espressamente attribuisce, nell'art. 279, 1°co., c.c., il diritto di agire nei confronti del genitore per il mantenimento e, se maggiorenni, per gli alimenti. La soluzione negativa, prevalente tra gli interpreti, è da condividere e si fonda sulla considerazione che non appare meritevole di tutela la condizione del genitore che non abbia voluto riconoscere il proprio figlio oppure abbia dato origine consapevolmente ad un rapporto incestuoso: così, da ultimo, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 475 ss.; SALA, *op.ult.cit.*, 607; diversamente, G.B.FERRI, *op.cit.*, 614 ss.

47 *Ex plurimis*, G.B.FERRI, *op.cit.*, 616; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 477.

48 VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 959.

49 E' questa l'opinione prevalente: per tutti, G.B.FERRI, *op.cit.*, 616 s.; SALA, *op.ult.cit.*, 608; PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 499 s., cui si rinvia per ulteriori problemi applicativi. Di diverso avviso, TRABUCCHI, *op.cit.*, 232 s.

50 Infatti, la disposizione presuppone che possano concorrere due fonti di obbligazione alimentare: fra i tanti, FIGONE, *Gli alimenti*, in *Trattato Zatti*, I, 1, Milano, 2002, 90.

51 FIGONE, *op.cit.*, 91.

52 Così in giurisprudenza, con riferimento al mantenimento, Trib.Roma, 7.4.2004, in *Giur.mer.*, 2004, 1332.

Anche per i genitori e per gli ascendenti l'obbligo alimentare presenta un carattere residuale, in quanto essi sono tenuti al più ampio dovere di mantenimento previsto dagli artt. 147 e 148 c.c. Si ritiene comunemente che gli ascendenti non siano tenuti verso i nipoti irriconoscibili⁵³; ma in contrario è decisivo il rilievo che, in mancanza dei genitori (i quali devono prestare gli alimenti ai sensi dell'art. 279, 1° co., c.c.), la norma in esame pone il loro obbligo a carico degli ascendenti, anche naturali⁵⁴.

Nei confronti del figlio legittimato, è obbligato il genitore che ha proceduto alla legittimazione e il figlio, che pretenda invece gli alimenti da quello naturale, deve prima impugnare la legittimazione⁵⁵.

Gli ascendenti non sono obbligati agli alimenti verso gli adottati, con adozione non legittimante, dei propri figli, come risulta testualmente dall'art. 433, n. 3, c.c., il quale non prevede che, in mancanza dell'adottante, siano tenuti i suoi ascendenti⁵⁶. Invece, per la soluzione in precedenza accolta circa l'obbligo alimentare dei discendenti del figlio adottivo verso gli ascendenti di quest'ultimo, deve coerentemente ritenersi che, nell'ipotesi opposta, anche gli adottanti possano venire chiamati alla prestazione alimentare nei confronti dei figli dell'adottato⁵⁷.

L'art. 433, nn. 4 e 5, c.c. contempla due figure di affini di primo grado in linea retta – genero e nuora, suocero e suocera – senza distinguere tra affini legittimi e naturali⁵⁸. Peraltro, il principio dell'equiparazione, almeno rispetto all'obbligo alimentare, tra famiglia legittima e naturale può giustificare il sorgere di un'obbligazione alimentare reciproca tra genitori e coniuge del proprio figlio naturale⁵⁹. Invece, deve escludersi che l'obbligo alimentare sussista nei rapporti tra genitori adottivi, con adozione ordinaria, e coniuge del figlio adottato, poiché l'affinità presuppone un legame di parentela, cioè di discendenza da uno stipite comune, che manca nel caso dell'adozione⁶⁰.

Ai sensi del successivo art. 434 c.c., l'obbligazione alimentare tra affini cessa in due ipotesi, la cui *ratio* è certamente legata all'allentarsi del vincolo di affinità.

53 Così TRABUCCHI, *op.cit.*, 232; PROVERA, *op.ult.cit.*, 265; G.B.FERRI, *op.cit.*, 618; DOGLIOTTI, *op.ult. cit.*, 480; FIGONE, *op.cit.*, 90.

54 BIANCA, *op.cit.*, 482, nota 12.

55 Cass.civ., 8.7.1958, n. 2455, in *Giust.civ.*, 1958, I, 1159.

56 G.B.FERRI, *op.cit.*, 618 ss., pur ritenendo la scelta legislativa ingiustificata; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 964.

57 Ma si tratta di opinione minoritaria: BIANCA, *op.cit.*, 482, nota 12; PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 501.

58 Parte della dottrina segnala la carenza, non più giustificata nell'evoluzione del costume sociale, di qualsiasi previsione alimentare nell'ambito di un'altra categoria di affini in linea retta sempre più presente nella realtà delle famiglie ricomposte, quella tra il coniuge ed i figli dell'altro coniuge: RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, 7; GALLETTA, *op.cit.*, 934, e ivi ulteriori riferimenti.

59 In questo senso, G.B.FERRI, *op.cit.*, 620; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 971; BIANCA, *op.cit.*, 482. *Contra*, invece, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 482, pur ponendosi dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 258 c.c., in quanto fonte di tale esclusione.

60 PROVERA, *op.ult.cit.*, 265; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 972. Di diverso avviso, G.B.FERRI, *op.cit.*, 621.

La prima fattispecie è il passaggio a nuove nozze dell'avente diritto⁶¹: trattandosi di estinzione, e non di quiescenza, il vincolo alimentare non potrà rivivere nel caso di scioglimento del secondo matrimonio⁶². La seconda ipotesi è legata alla morte del coniuge dal quale deriva il vincolo di affinità, se non vi sono figli, per tali intendendosi anche quelli adottati con adozione legittimante⁶³, ovvero se anche i figli ed i loro discendenti sono morti: la formulazione letterale consente di affermare che la morte, a differenza del passaggio a nuove nozze, comporta l'estinzione dei reciproci obblighi e diritti alimentari.

Ai casi testualmente previsti di estinzione dell'obbligo alimentare, deve aggiungersi anche la dichiarazione di nullità del matrimonio, dal quale sia sorto il vincolo, perché l'art. 78, 3°co., c.c. espressamente prevede in quest'ipotesi la cessazione dell'affinità, facendo salvi solo gli effetti di cui all'art. 87, n.4, c.c. in tema di impedimenti al matrimonio⁶⁴. Con riferimento al divorzio, non contemplato nell'art. 434 c.c. perché anteriore all'introduzione dell'istituto, potrebbe apparire coerente adottare la medesima soluzione⁶⁵, ma in realtà la somiglianza sussiste, piuttosto, tra la morte – che per l'art. 78, 3°co., c.c. non determina la cessazione dell'affinità – ed il sopravvenuto divorzio, in quanto entrambi cause di scioglimento del matrimonio: pertanto, la pronuncia di divorzio di regola non determina la caducazione dell'obbligo alimentare, ma fa cessare il vincolo solo qualora si ricada nelle fattispecie contemplate dall'art. 434 c.c.⁶⁶.

All'ultimo grado degli obbligati rimangono fratelli e sorelle, con precedenza dei germani su quelli unilaterali: sicuramente nella categoria sono ricompresi anche i fratelli legittimati e adottati con adozione legittimante; mentre è controverso se l'obbligo sussista tra fratelli naturali, cioè tra figli naturali ovvero tra figli naturali e legittimi della stessa persona. Al riguardo, tuttavia, l'art. 258 c.c. sembra non consentire deroghe, perché l'estensione, peraltro testuale, dell'obbligazione alimentare alla famiglia naturale attuata nei numeri 2 e 3 dell'art. 433 c.c. è limitata alla parentela in linea retta⁶⁷. Deve negarsi qualsiasi rapporto alimentare anche tra i figli adottivi, con adozione non legittimante, di una medesima persona o tra l'adottato ed i figli legittimi dell'adottante, visto il tenore dell'art. 300, 2°co., c.c. e vista, altresì, l'impossibilità di considerarli tra loro fratelli, non avendo un genitore in comune⁶⁸.

61 Invece, il vincolo permane nel caso in cui sia l'obbligato a contrarre nuovo matrimonio: DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., 483; MORELLI, *Gli alimenti*, in *Manuale del nuovo diritto di famiglia* a cura di Cassano, 2°ed., Piacenza, 2003, 370; sulle ragioni della scelta legislativa, PACIA, *op.cit. sub art. 434*, 503 s.

62 Per tutti, FIGONE, *op.cit.*, 92.

63 BIANCA, *op.cit.*, 490, nota 42.

64 Nello stesso senso, AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 128; SALA, *op.ult.cit.*, 608 s.

65 Così SALA, *op.ult.cit.*, 609.

66 In questo senso, BIANCA, *op.cit.*, 490; MORELLI, *op.cit.*, 370.

67 Così TRABUCCHI, *op.cit.*, 233; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 485; FIGONE, *op.cit.*, 93. Diversamente, ammettono l'obbligazione alimentare, PROVERA, *op.ult.cit.*, 265; G.B.FERRI, *op.cit.*, 622 s.; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 972; BIANCA, *op.cit.*, 482; SALA, *op.ult.cit.*, 609.

68 PROVERA, *op.ult.cit.*, 265; G.B.FERRI, *op.cit.*, 623 s.; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 972;

4. PRESUPPOSTI DELL'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE

L'art. 438 c.c., benché rubricato “misura degli alimenti”, è una disposizione che assume un ruolo centrale nella disciplina dell'istituto, perché individua anche i presupposti dell'istituto, ulteriori rispetto al legame personale tra avente diritto ed obbligato, e precisa, altresì, chi sia il soggetto legittimato ad agire. Gli elementi costitutivi della fattispecie sono lo stato di bisogno dell'alimentando e le condizioni economiche dell'obbligato, cioè il fatto che quest'ultimo sia in grado di effettuare la prestazione alimentare, non anche la mancanza di disponibilità economica di obbligati di grado anteriore: la precisazione è importante, perché si riflette poi sulla ripartizione dell'onere probatorio.

L'art. 438, 1° co., c.c. dispone che “gli alimenti possono essere chiesti solo da chi versa in istato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento”: si tratta, non già di due presupposti distinti, ma di una nozione unica, perché “lo stato di bisogno rileva, ai fini del credito alimentare, non come semplice situazione di fatto, ma soprattutto come comportamento del futuro creditore”⁶⁹; in altri termini, non è rilevante, se può esser eliminato dal richiedente.

Quindi, lo stato di bisogno è il primo presupposto dell'obbligazione alimentare e si identifica nell'incapacità della persona di soddisfare le proprie esigenze primarie di vita, con ciò intendendosi, non solo vitto, alloggio, vestiario, ma anche assistenza medica, educazione ed istruzione in caso di minore e, in genere, tutti quei beni e servizi che consentono di vivere dignitosamente, avuto riguardo alla posizione sociale dell'avente diritto⁷⁰; anche se quest'ultimo riferimento, contenuto nel capoverso dell'art. 438 c.c., appare ormai come “uno dei residuati, nel codice civile, di una visione stratificata – per non dire classista – della società”⁷¹. Nei bisogni dell'alimentando non rientrano, però, i debiti da lui assunti, perché altrimenti la prestazione retroagirebbe rispetto alla domanda, e neppure le necessità dei familiari a carico, visto il carattere strettamente personale del diritto agli alimenti⁷².

in via dubitativa, SALA, *op.ult.cit.*, 609.

69 ARGIOFFI, *op.cit.*, 57 ss.; ma già PROVERA, *Degli alimenti*, cit., 76 s., il quale rileva anche l'uso improprio del termine “mantenimento”; TRABUCCHI, voce *Alimenti*, cit., 234; PASETTI, *Obbligo di contribuzione ai bisogni familiari e figli conviventi*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia* discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi, Padova, 1989, 57. Diversamente, AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 2; G.B.FERRI, *op.cit.*, 636; Cass.civ., 6.10.2006, n. 21572, in *Giust.civ.*, 2007, I, 1142; Cass.civ., 14.2.2007, n. 3334, in *Foro it.*, 2008, I, 2009.

70 Ampiamente, TERRANOVA, *op.cit.*, 73 ss.; anche DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 456 ss.; BIANCA, *op.cit.*, 484; SALA, *op.ult.cit.*, 616. Diversamente, in giurisprudenza, Trib.Novara, 28.2.2006, in *Rep.Giur.it.*, 2007, voce *Alimenti*, n. 11, dove, con riferimento al diritto agli alimenti del figlio maggiorenne nei confronti dei genitori, si parla di “stretto necessario alla sopravvivenza”.

71 L'affermazione, che non si può non condividere, è di CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt.dir.civ.del Consiglio Nazionale Notariato* diretto da Perlingieri, Napoli, 2004, 53.

72 Fra i tanti, GALLETTA, *op.cit.*, 943; SALA, *op.ult.cit.*, 616.

Nel valutare l'incapacità del richiedente di provvedere al proprio sostentamento, occorre tenere conto, anzitutto, delle sue eventuali risorse patrimoniali: redditi da lavoro o da capitale; crediti che l'alimentando trascura di esigere⁷³; pensione sociale ed ogni altra forma di sovvenzione su base legale o convenzionale, in particolare diritti *ex artt.* 155 e 540 c.c., 5, 6°co., l. divorzio e 47 l. fall.⁷⁴; mantenimento da parte di altri soggetti che non vi sono obbligati, quale il convivente di fatto, purché le prestazioni abbiano una certa consistenza e periodicità⁷⁵. In merito all'eventuale proprietà di beni, soprattutto immobili, di un certo valore, ma inidonei a produrre reddito, il titolare non può di regola essere considerato in stato di bisogno⁷⁶; a meno che speciali circostanze inducano a ritenere che l'alienazione di tutti o parte di tali beni per provvedere al proprio sostentamento rappresenti un espediente pregiudizievole e rovinoso, atto a soddisfare solo temporaneamente le necessità primarie dell'alienante⁷⁷.

In secondo luogo, si deve valutare l'impossibilità, da parte dell'alimentando, di provvedere in tutto o in parte al proprio sostentamento mediante l'esplicazione di attività lavorativa, tenendo conto di numerosi parametri, quali età, salute, situazione del mercato del lavoro e, soprattutto, attitudini del soggetto⁷⁸: in particolare, non si potrebbe esigere da quest'ultimo un impegno lavorativo qualsiasi, se il medesimo non sia confacente alle sue capacità fisiche ed intellettuali e, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, anche alla sua condizione sociale⁷⁹. Quest'ultimo parametro, che oltretutto manca di qualsiasi riferimento normativo, non si può condividere, perché non tiene conto dell'onerosità dell'obbligo alimentare, introducendo così un'ingiustificata sperequazione fra soggetti in contrasto con il principio di eguaglianza⁸⁰.

Da ultimo, è pacifico tra gli interpreti che non rilevano la causa dello stato di bisogno e la sua imputabilità ad un comportamento doloso o colposo

73 L'esistenza di crediti, anche ingenti, non esclude invece lo stato di bisogno, se il debitore sia insolvente: da ultimo, FERRARA, *Il diritto agli alimenti*, in *Il diritto della persona* a cura di Cendon, III, Torino, 2005, 259; GALLETTA, *op.cit.*, 943, nota 76.

74 TRABUCCHI, *op.cit.*, 234; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 901; con riferimento all'assistenza sanitaria e all'indennità di accompagnamento *ex l.* 18/ 1980, Trib. Vallo della Lucania, in *Dir. fam.pers.*, 1991, 1050. In tema di assegno di divorzio, Cass.civ., 11.8.1994, n. 7358, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2511.

75 Da ultimo, SALA, *op.ult.cit.*, 617; GALLETTA, *op.cit.*, 955; di diverso avviso, Cass.civ., 9.4.1965, n. 625, in *Rep. Giur.it.*, 1965, voce *Alimenti*, n. 1.

76 Cass.civ., 17.5.1968, n. 1557, *cit.*; in dottrina, G.B.FERRI, *op.cit.*, 637; BIANCA, *op.cit.*, 484.

77 In questo senso, da ultimo, Cass.civ., 6.1.1981, n. 51, in *Rep. Giur.it.*, 1981, voce *Separazione dei coniugi*, n. 73; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 901; FERRARA, *op.cit.*, 259.

78 BIANCA, *op.cit.*, 484.

79 Cass.civ., 2.3.1987, n. 2165, in *Giust.civ.*, 1987, I, 1979; Cass.civ., 14.2.1990, n. 1099, in *Giust. civ.Mass.*, 1990, 242; Cass.civ., 6.10.2006, n. 21572, *cit.*; Cass.civ., 14.2.2007, n. 3334, in *Fam. e dir.*, 2007, 1002, con nota favorevole di CALAPAI, *Diritto agli alimenti, stato oggettivo di bisogno e adeguatezza dell'attività lavorativa*. In dottrina, da ultimo, TERRANOVA, *op.cit.*, 82; FERRARA, *op.cit.*, 261; GALLETTA, *op.cit.*, 943.

80 AULETTA, *op.ult.cit.*, 3.

dell'alimentando, perché il principio di solidarietà prescinde da valutazioni di ordine morale e la legge dà rilievo alla condotta disordinata o riprovevole dell'avente diritto solo ai fini di una possibile riduzione dell'assegno nell'art. 440, 1° co., c.c.⁸¹. Diversa, invece, è la soluzione in merito all'esplicazione di un'attività lavorativa, dove l'alimentando deve provare la propria invalidità al lavoro per incapacità fisica o per l'impossibilità, dovuta però a circostanze a lui non imputabili, di trovare un'occupazione⁸². Al riguardo, si può condividere l'ulteriore affermazione che, se l'incapacità di provvedere al proprio sostentamento perdura per dolo o colpa del richiedente, costui non ha comunque più diritto, in tutto o in parte, al credito alimentare⁸³: infatti, ai sensi dell'art. 440 c.c., la sentenza è sempre subordinata alla clausola *rebus sic stantibus* e quindi, venendo meno uno dei presupposti del credito alimentare, se ne potrà chiedere la riduzione o la cessazione.

Il secondo presupposto del credito alimentare è costituito dalle "condizioni economiche" dell'obbligato. Il fatto che il legislatore non utilizzi il termine "capacità", con il quale si suole indicare l'attitudine di un soggetto a svolgere un'attività finalizzata, è indice della volontà di condizionare l'obbligazione alimentare alla situazione patrimoniale dell'eventuale debitore, senza richiedere da parte sua una diligenza specifica volta a sfruttare appieno le capacità reddituali e di lavoro: in altri termini, le condizioni economiche rilevano come semplice situazione di fatto, senza imporre un dovere di attivazione per essere comunque in grado di adempiere; con una regola che si discosta dal grado di diligenza normalmente richiesto nel rapporto obbligatorio dagli artt. 1175 s. c.c.⁸⁴.

Pertanto, alle "condizioni economiche" sono sicuramente riconducibili le rendite dei beni e qualsiasi tipo di reddito, ma con alcune precisazioni: la prestazione alimentare non deve alterare in modo determinante il tenore e le abitudini di vita dell'obbligato e della sua famiglia⁸⁵; il carattere personale del vincolo alimentare rende irrilevante l'eventuale reddito del coniuge dell'obbligato medesimo⁸⁶; non rileva neppure il fatto che il reddito possa subire riduzioni, stante la possibilità di modifiche successive dell'assegno *ex art. 440 c.c.*⁸⁷.

Diversamente, per le considerazioni sopra svolte, non si deve tenere conto, ma il problema è discusso in dottrina, dei beni capitali che, solo se convenientemente utilizzati, potrebbero divenire fonte di reddito, né a maggiore ragione della possibilità

81 Fra i tanti, CARUSI, *op.cit.*, 53; BIANCA, *op.cit.*, 484; SALA, *op.ult.cit.*, 616. In giurisprudenza, da ultimo, Trib. Novara, 28.2.2006, cit.

82 Sempre però, secondo l'opinione prevalente, con la precisazione che deve trattarsi di attività confacente alle attitudini ed alle condizioni sociali dell'alimentando: Cass.civ., 6.10.2006, n. 21572, cit.; Cass., 14.2.2007, n. 3334, cit. V. anche BIANCA, *op.cit.*, 484, il quale parla di "involontaria" mancanza di un reddito di lavoro.

83 GALLETTA, *op.cit.*, 943; ARGIROFFI, *op.cit.*, 61 s.

84 ARGIROFFI, *op.cit.*, 89 ss.

85 Da ultimo, BIANCA, *op.cit.*, 484; SALA, *op.ult.cit.*, 617; ARGIROFFI, *op.cit.*, 97 s.

86 Pret. Roma, 24.3.1999, in *Tem. rom.*, 1999, 600.

87 Cass.civ., 22.6.1963, n.1702, in *Rep. Giur.it.*, 1963, voce *Alimenti*, n. 4.

di una liquidazione dei medesimi⁸⁸. Invece, è comunque opinione prevalente che non sia esigibile l'intrapresa di attività lavorative nuove o più remunerative, in quanto la legge impone di fare riferimento esclusivamente alla situazione attuale dell'obbligato⁸⁹.

5. CONTENUTO DELLA PRESTAZIONE ALIMENTARE

La prestazione va determinata *per relationem* con riguardo a circostanze che fungono anche da presupposti dell'obbligo alimentare. Pertanto, fatta eccezione per quanto si dirà tra breve sui limiti nei confronti del donatario e dei fratelli, nella determinazione del *quantum* si deve tenere conto dei due parametri appena esaminati: il bisogno di chi domanda gli alimenti, "avuto però riguardo alla sua posizione sociale", e le condizioni economiche dell'obbligato. La lettera della norma non sembra consentire il riferimento allo stretto necessario: di qui la nozione di alimenti "congrui", comprensivi di quelli, non solo naturali ed indispensabili alla vita quotidiana, ma anche civili, dove la congruità si deve desumere anche dalla posizione sociale del soggetto e dalle sue aspettative di conservare un certo tenore di vita⁹⁰.

Regola diversa, invece, è dettata dall'art. 439 c.c. con riferimento ai fratelli, dove gli alimenti sono dovuti nella misura dello "stretto necessario", peraltro comprensivo, nel caso di minore, anche delle spese per l'educazione e l'istruzione. Pertanto, la formula restrittiva usata dalla legge impone di non tenere conto dei due parametri indicati nell'art. 438 c.c.: le condizioni economiche dell'obbligato, a meno che queste ultime non consentano di sopportare l'onere economico correlativo⁹¹; la condizione economico-sociale dell'alimentando, neppure se il patrimonio dell'obbligato lo consentisse, perché sarebbe difficile individuare uno stretto necessario variabile da soggetto a soggetto⁹². In relazione al secondo parametro, si rendono comunque necessarie due precisazioni: da un lato, la misura della prestazione deve in ogni caso consentire "un minimo di vita dignitosa"⁹³; dall'altro, l'irrelevanza della condizione sociale non dovrebbe operare in merito alle spese per l'istruzione e l'educazione, che sono diritti costituzionalmente garantiti per consentire un corretto sviluppo della personalità⁹⁴.

88 In questo senso, AULETTA, *op.ult.cit.*, 3; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 903; FERRARA, *op.cit.*, 262; ARGIROFFI, *op.cit.*, 95. Di diverso avviso, PROVERA, *op.ult.cit.*, 82; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 462; ANGELONI, *op.cit.*, 46 s.; App.Firenze, 21.2.1951, in *Rep. Giur.it.*, 1951, voce *Alimenti*, n. 12; Cass.civ., 13.2.1985, n. 1206, *ivi*, 1985, voce *Matrimonio*, n. 134, ma con riferimento all'assegno di divorzio.

89 Fra gli altri, AULETTA, *op.ult.cit.*, 3; ARGIROFFI, *op.cit.*, 95; Cass.civ., 11.11.1994, n. 9432, in *Rep. Giur.it.*, 1994, voce *Alimenti*, n. 4. Diversamente, TRABUCCHI, *op. cit.*, 235.

90 Da ultimo, SALA, *op.ult.cit.*, 618.

91 PROVERA, *op.ult.cit.*, 92; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 486.

92 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 486. Di diverso avviso, G.B.FERRI, *op.cit.*, 642; GALLETTA, *op.cit.*, 940 s.

93 Così BIANCA, *op.cit.*, 485; anche TERRANOVA, *op.cit.*, 78.

94 V. BIANCA, *op.cit.*, 485; GALLETTA, *op.cit.*, 941 s., per la quale dovrebbe rilevare, in

Ancora diverso è il parametro del *quantum* per il donatario, il quale, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 438 c.c., "non è tenuto oltre il valore della donazione tuttora esistente nel suo patrimonio": quindi, a differenza degli altri obbligati, non rilevano le sue condizioni economiche. Si discute se il valore residuo della donazione debba calcolarsi nel momento in cui è sorto lo stato di bisogno oppure quando gli alimenti vengono chiesti⁹⁵: la risposta è chiaramente legata alla soluzione del problema, dibattuto in dottrina, della precisa determinazione del momento di nascita del diritto alimentare, di cui si tratterà più avanti.

La quantità degli alimenti è rapportata al valore capitale del bene donato, e non al reddito che dal medesimo possa riceversi, avendo il legislatore inteso riferirsi all'incremento patrimoniale conseguito a spese del donante⁹⁶; il valore va determinato al netto delle spese e, se trattasi di donazione modale, va detratto quello del *modus* che non sia a beneficio del donatario⁹⁷. Peraltro, non occorre la sussistenza in natura del bene donato, essendo sufficiente la presenza di un controvalore: il riferimento è all'ipotesi di alienazione onerosa o di permuta del bene, dove l'obbligazione alimentare continua a gravare sul donatario, nei limiti del corrispettivo ancora presente nel suo patrimonio, applicandosi il principio di surrogazione⁹⁸. Diverso è il problema, se il bene venga alienato in un momento successivo alla nascita del rapporto alimentare, poiché l'alienazione potrà essere oggetto di revocazione ai sensi dell'art. 2901 c.c., se risulti compiuta in frode delle ragioni dell'alimentando, ad esempio a titolo gratuito o ad un prezzo irrisorio⁹⁹.

Il perimento o la perdita del bene donato, anche se imputabili a colpa o dolo del donatario, fanno venire meno ogni pretesa nei suoi confronti, quando siano anteriori al sorgere dell'obbligazione alimentare; viceversa, se si verificano in un momento successivo, il donatario dovrà risponderne in caso di colpevolezza e l'obbligazione alimentare si trasforma in quella di risarcire il danno, commisurato al valore della prestazione dovuta¹⁰⁰.

6. CONCORSO DI OBBLIGATI E DI AVENTI DIRITTO ALLA PRESTAZIONE ALIMENTARE

Il concorso di obbligati è regolato dall'art. 441 c.c.: il primo comma, per il caso di pluralità di obbligati nello stesso grado, prevede che tutti debbano concorrere

questo caso, anche il livello di capacità economica dell'obbligato; *contra* DOGLIOTTI, *op.ult. cit.*, 486.

95 Nel primo senso, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 526; SALA, *L'obbligo alimentare del donatario*, cit., 1015. Per la seconda alternativa, invece, PROVERA, *op.ult.cit.*, 87.

96 Così G.B. FERRI, *op.cit.*, 632; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 974; in giurisprudenza, Cass. civ., 5.3.1951, n.536, in *Foro it.*, 1951, I, 715.

97 Da ultimo, SALA, *op.ult.cit.*, 1015; CARRABBA, *op.cit.*, 669.

98 L'opinione è pacifica: GALLETTA, *op.cit.*, 937; SALA, *op.ult.cit.*, 1015.

99 Nello stesso senso, PROVERA, *op.ult.cit.*, 89 s.; CARRABBA, *op.cit.*, 669 s.

100 Con una soluzione analoga a quanto previsto per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione: SALA, *op.ult.cit.*, 1015; CARRABBA, *op.cit.*, 669. --

in proporzione delle proprie condizioni economiche, utilizzando così il medesimo criterio che influisce sulla misura degli alimenti dovuti¹⁰¹; il capoverso della norma contempla il caso in cui gli obbligati di grado anteriore non siano in grado di somministrare gli alimenti e prevede che ne vengano gravati, in tutto o in parte, quelli di grado successivo, realizzandosi, in questa seconda ipotesi, un concorso di obbligati di grado diverso.

Il principio si applica, nel silenzio della legge, anche al caso di pluralità di donatari, con i necessari adattamenti al caso di specie: nel senso che i donatari sono obbligati di pari grado, indipendentemente dal tempo della donazione¹⁰²; ma la proporzionalità va riferita al valore residuo delle donazioni nel patrimonio dei donatari, perché questo è il parametro che, nei loro confronti, si sostituisce a quello della capacità economica¹⁰³.

Dal dato letterale si desume che l'obbligazione è parziaria, non essendovi dubbi sulla divisibilità dell'oggetto, e non solidale¹⁰⁴: a ritenere diversamente, infatti, le previsioni, del primo e del secondo comma, risulterebbero superflue, perché in materia già l'art. 438, 2° co., c.c. individua nelle condizioni economiche dell'obbligato un limite al diritto dell'alimentando. La scelta dell'obbligazione parziaria ha rilevanti conseguenze nell'ipotesi in cui il coobbligato, al di fuori di qualsiasi dovere morale o sociale ex art. 2034 c.c., adempia la prestazione alimentare anche per la parte che non risulti essere a suo carico: trattandosi di adempimento di una prestazione parzialmente altrui, sarà applicabile la disciplina dell'indebito soggettivo ex art. 2036 c.c. e chi ha pagato potrà agire nei confronti dell'alimentato o del condebitore, invocando la surrogazione legale del terzo comma, secondo che l'errore sia scusabile o no¹⁰⁵. Ulteriore conseguenza è che non sussiste tra i condebitori litisconsorzio necessario: pertanto, l'avente diritto può chiamare in

101 Cass.civ., 8.8.1962, n. 2477, in *Rep.For.it.*, 1962, voce *Alimenti*, n. 9; Cass.civ., 15.3.1986, n. 1767, *ivi*, 1986, voce *cit.*, n. 1; v. anche Trib.Bologna, 2.2.2006, in *Rep.Giur.it.*, 2007, voce *Alimenti*, n. 14.

102 E' questa l'opinione prevalente: fra i tanti, AULETTA, *Legato di alimenti, obbligo alimentare del donatario*, cit., 690 s.; G.B.FERRI, *op.cit.*, 631 s.

103 Così GALLETTA, *op.cit.*, 937; ROLANDO, *op.cit.*, 108 s.; SALA, *op.ult.cit.*, 1018 s.

104 *Ex plurimis*, VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 905 s.; BIANCA, *op.cit.*, 483; ARGIROFFI, *op.cit.*, 117; Trib.Bergamo, 14.6.1957, in *Foro it.*, 1958, I, 292; Cass.civ., 6.12.1968, n. 3901, in *Foro pad.*, 1969, I, 1; Cass.civ., 9.8.1988, n. 4883, in *Rep.Giur.it.*, 1988, voce *Alimenti*, n. 2; Trib.Vallo della Lucania, 8.7.1991, cit.. Diversamente, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 488 s., il quale prospetta per l'obbligazione alimentare plurisoggettiva, dal lato passivo, una solidarietà "temperata dalle diverse condizioni economiche dell'obbligato, per cui l'avente diritto potrebbe rivolgersi ad uno dei coobbligati soltanto se questi fosse in grado, per le condizioni economiche, di soddisfare l'intera prestazione, salvo regresso verso gli altri, per la parte di ciascuno di essi"; nello stesso senso, FIGONE, *Gli alimenti*, cit., 93 s.

105 PROVERA, *op.ult.cit.*, 115; AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 6 s.; SALA, *Gli alimenti*, cit., 622. Per altre possibili soluzioni, v. *infra*, sub n. 13. La giurisprudenza, prevalentemente, ammette la ripetizione nei confronti del coobbligato, per le prestazioni successive alla domanda giudiziale o alla costituzione in mora, attraverso il ricorso alla gestione di affari (in parte) altrui: Cass.civ., 6.12.1968, n. 3901, cit.; Cass.civ., 9.8.1988, n. 4883, cit.; Trib.Vallo della Lucania, 8.7.1991, cit.; App.Milano, 1.3.2002, in *Gius*, 2002, 1523.

causa uno solo dei coobbligati per ottenere la somministrazione degli alimenti, da determinarsi, s'intende, nei limiti delle condizioni economiche di quest'ultimo¹⁰⁶.

In presenza di una pluralità di obbligati, l'art. 443, 3° co., c.c., al fine di evitare che l'alimentando possa ricevere pregiudizio dal protrarsi del procedimento, consente al giudice, in caso di urgente necessità, di porre temporaneamente l'obbligazione alimentare a carico di uno solo dei condebitori; ma prevede il suo diritto di regresso verso gli altri, per la parte di obbligazione che, al loro posto, è stata adempiuta. Il provvedimento, da emanarsi su domanda di parte, presuppone che sia già raggiunta la prova dell'*an* e (almeno per una parte) del *quantum* della prestazione alimentare e che siano anche individuati i soggetti obbligati¹⁰⁷. Lo schema previsto è quello tipico della solidarietà passiva e quindi introduce una deroga alla parziarietà delle obbligazioni alimentari, in quanto il giudice, con sentenza non definitiva, pone l'intera prestazione a carico di uno solo degli obbligati che siano convenuti in giudizio, non sussistendo il litisconsorzio necessario; poi, una volta intervenuta la sentenza definitiva, chi nel frattempo ha adempiuto per ordine del giudice l'intera prestazione, potrà esercitare quel diritto di regresso tipico delle obbligazioni solidali¹⁰⁸.

Il concorso di aventi diritto, invece, è disciplinato dall'art. 442 c.c., dove si prevede che, "quando più persone hanno diritto agli alimenti nei confronti di un medesimo obbligato, e questi non è in grado di provvedere ai bisogni di ciascuna di esse, l'autorità giudiziaria dà i provvedimenti opportuni, tenendo conto della prossimità della parentela e dei rispettivi bisogni, e anche della possibilità che taluno degli aventi diritto abbia di conseguire gli alimenti da obbligati di grado ulteriore". La disposizione si applica quando il convenuto eccepisca l'esistenza di altri alimentandi a suo carico e non configura un'ipotesi di litisconsorzio necessario¹⁰⁹. La norma sembra attribuire al giudice ampia discrezionalità, in quanto non prevede un ordine nel ricorso ai tre criteri indicati, i quali, secondo l'opinione prevalente, vanno applicati cumulativamente, e non in via alternativa o successiva¹¹⁰; anche se la soluzione suscita qualche perplessità, per la maggiore rilevanza che dovrebbe

106 Concorde anche la giurisprudenza: da ultimo, Trib.Bologna, 2.2.2006, cit.

107 Può trattarsi anche di un obbligato di grado ulteriore: AULETTA, *op.ult.cit.*, 6; PACIA, *op.cit.*, sub art. 443, 544; in *obiter* Trib.Catania, ord. 22.3.2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2588.

108 PROVERA, *op.ult.cit.*, 135; G.B.FERRI, *op.cit.*, 657; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 520; SALA, *op.ult.cit.*, 623. Altra dottrina, invece, ritiene che il provvedimento presupponga già individuate le quote di concorso dei coobbligati e che, pertanto, si tratti di un provvedimento "simultaneo (e in ordine logico successivo) alla sentenza di condanna, reso necessario dall'urgenza dei bisogni dell'alimentando e dalla consapevolezza che non tutti gli obbligati si adegueranno, o saranno in grado di adeguarsi immediatamente all'ordine del giudice"; quindi, provvedimento con il quale si stabilisce una modalità di somministrazione a carico di un solo obbligato e si concede agli altri una dilazione di pagamento (VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 920 ss.; nello stesso senso, TAMBURRINO, *op.cit.*, 487 s.).

109 VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 908.

110 G.B.FERRI, *op.cit.*, 652; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 908; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 491 s., anche se con qualche maggior incidenza dell'intensità dei bisogni; MORELLI, *op.cit.*, 375; GALLETTA, *op.cit.*, 940.

attribuirsi alla possibilità, per uno dei soggetti in conflitto, di ottenere la prestazione da altri obbligati e, in via subordinata, all'entità dei bisogni, e solo come estremo criterio al grado di parentela¹¹¹. La prossimità della parentela deve valutarsi in relazione all'art. 433 c.c. e non agli artt. 74 ss.c.c.¹¹²; mentre la gravità del bisogno dovrebbe tenere conto, non solo delle condizioni economiche, ma anche dell'età e della salute dell'alimentando¹¹³.

7. LEGITTIMAZIONE AD AGIRE ED ONERE PROBATORIO

Si tratta di un diritto personalissimo, che può essere fatto valere solo dal soggetto in stato di bisogno o dal suo rappresentante legale¹¹⁴; eccezionalmente, però, l'art. 12, 5° co., l. adoz. stabilisce che il Presidente del Tribunale o il giudice delegato possono chiedere al p.m. di promuovere l'azione per il minore in stato di abbandono. In giurisprudenza, con una soluzione che lascia perplessi, si è riconosciuta la legittimazione attiva anche al soggetto munito di procura generale con potere di agire in giudizio "per qualsiasi causa attiva"¹¹⁵.

La natura personale del diritto esclude anche il suo esercizio in via surrogatoria da parte dei creditori, tranne quando la prestazione sia stata liquidata e l'alimentando non si curi di esigerne l'adempimento¹¹⁶.

Con riferimento alla ripartizione dell'onere probatorio, mentre è pacifico che gravi sull'attore la prova del requisito soggettivo e dello stato di bisogno, si discute, invece, in merito alla capacità economica del convenuto: è da condividere l'opinione, prevalente in dottrina e in giurisprudenza, che anche questa prova debba essere fornita dall'alimentando, trattandosi di fatto costitutivo del suo diritto¹¹⁷; invece, è da considerarsi elemento impeditivo dell'azione, con prova a carico del convenuto, l'eventuale disponibilità economica di obbligati di grado anteriore¹¹⁸. In

111 Così anche AULETTA, *op.ult.cit.*, 10; CARUSI, *op.cit.*, 54.

112 PROVERA, *op.ult.cit.*, 122; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 492;

113 In questo senso, G.B.FERRI, *op.cit.*, 653.

114 AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 93; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 933; SALA, *op.ult.cit.*, 602.

115 T.Bari, ord. 14.8.1991, cit.

116 BIANCA, *op.cit.*, 487; Cass.civ., 14.4.1947, n. 553, in *Giur.it.*, 1948, I, 1, 286. V. anche SALA, *op.ult.cit.*, 602; Cass.civ., 12.8.1954, n. 2942, in *Rep.Giur.it.*, 1954, voce *Alimenti*, n. 8; T.A.R. Veneto, 3.11.1999, n. 1785, *ivi*, 2000, voce *Invalidi*, n. 24.

117 Da ultimo, BIANCA, *Diritto civile*, 2, cit., 484, nota 23; SALA, *Gli alimenti*, cit., 617; PACIA, *Degli alimenti*, cit., sub art. 438, 520; in giurisprudenza, Trib.Napoli, 17.1.1974, in *Rep.For. it.*, 1975, voce *Alimenti*, n. 9; Cass.civ., 8.2.1977, n. 556, in *Giur.it.*, 1977, I, 1, 830. *Contra* G.B.FERRI, *Degli alimenti*, cit., 638, il quale fa salva l'ipotesi in cui l'attore fondi la misura della sua richiesta sulle particolari condizioni economiche del convenuto; Trib.Genova, 5.6.1965, in *Rep.For. it.*, 1975, voce *Alimenti*, n. 9; Trib.Bologna, 2.2.2006, cit.

118 AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 11 s.; VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., 906 s.; BIANCA, *op.cit.*, 484, nota 23; PACIA, *op.loc.ult.cit.* Ritengono, invece, che la mancanza di altra persona idonea a prestare gli alimenti sia elemento costitutivo della fattispecie legale, PROVERA, *Degli alimenti*, cit., 84; G.B.FERRI, *op.cit.*, 648, nota 10; SALA, *op.ult.cit.*, 621;

giurisprudenza, di fronte all'eccezione del convenuto di inadeguatezza della propria situazione patrimoniale, è stato ritenuto legittimo il provvedimento istruttorio rivolto all'istituto bancario di comunicare l'entità delle somme intestate sul conto corrente del medesimo¹¹⁹.

8. DECORRENZA DEGLI ALIMENTI E NATURA COSTITUTIVA DEL PROVVEDIMENTO GIUDIZIALE

L'art. 445 c.c. prevede che gli alimenti sono dovuti "dal giorno della domanda giudiziale o dal giorno della costituzione in mora dell'obbligato, quando questa costituzione sia entro sei mesi seguita dalla domanda giudiziale", con una disposizione alquanto ambigua. Infatti, il secondo termine indicato sembra presupporre che il vincolo alimentare preesista al provvedimento giudiziale, il quale avrebbe valore "di liquidazione dell'obbligazione alimentare e di condanna al pagamento"¹²⁰: secondo questa tesi, prevalente in dottrina e in giurisprudenza, già nel momento in cui si verificano i presupposti legali il diritto agli alimenti sorge ed è esigibile, ma l'obbligazione diviene attuale solo a seguito della richiesta dell'alimentando quale atto di esercizio del suo diritto, rendendo irrilevanti i bisogni passati¹²¹; con importanti conseguenze in tema di pagamento degli interessi sulle somme di denaro in cui è liquidata la prestazione alimentare e di spontanea prestazione degli alimenti da parte dell'obbligato prima della domanda giudiziale o della costituzione in mora¹²².

La tesi non convince, perché il primo termine iniziale di decorrenza indicato dall'art. 445 c.c., quello della domanda giudiziale, induce a pensare che la richiesta dell'alimentando sia elemento costitutivo per la nascita dell'obbligazione e che la sentenza abbia natura costitutiva, avendo la domanda dell'avente diritto solo la

in giurisprudenza, da ultimo, Cass.civ., 8.2.1977, n. 556, cit.; Trib.Catania, ord. 22.3.2005, cit.; Trib.Bologna, 2.2.2006, cit.

119 Non ritenendosi tale ordine in contrasto, né con la tutela del segreto bancario, né con l'interesse dell'eventuale terzo contestatario del conto corrente, il cui nominativo dev'essere espunto dalla comunicazione: così Trib.Milano, ord. 2.10.1991, in *Dir.fam.pers.*, 1992, 232.

120 Così BIANCA, *op.cit.*, 488.

121 *Ex plurimis*, AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 80 ss.; TRABUCCHI, voce *Alimenti*, cit., 237; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., 493 ss.; MORELLI, *Gli alimenti*, cit., 375 ss.; GALLETTA, *Gli alimenti*, cit., 950 s.; SALA, *op.ult.cit.*, 618 s. In giurisprudenza, Cass. civ. 27.7.1967, n.1996, in *Foro it.*, 1967, I, 2534; in *obiter*, Cass.civ., 9.1.2003, n. 113, in *Giur.it.*, 2003, 1334. Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto non contrastante con l'ordine pubblico italiano la sentenza straniera che stabilisca la decorrenza dell'obbligo alimentare a favore di un minore da data antecedente a quella della domanda giudiziale, trattandosi di obbligazione a "contenuto prettamente patrimoniale che non coinvolge valori primari né contrasta coi principi superiori ed inderogabili di una convivenza civile: Cass. civ., 17.4.1991, n. 4103, in *Nuova giur.civ.comm.*, 1992, I, 164, con nota di PAGANO, *La retroattività dell'assegno alimentare e l'ordine pubblico italiano*.

122 Si dovrebbe parlare di adempimento di un obbligo giuridico: PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 548 s.

funzione di segnare il limite di retroattività del provvedimento giudiziale¹²³. A ciò si aggiunga che, se l'obbligazione alimentare sussistesse fin dal momento in cui si verificano i presupposti legali e la costituzione in mora rendesse solo attuale un diritto già esistente ed esigibile, allora non troverebbe adeguata spiegazione la previsione che condiziona tale attualità alla successiva proposizione della domanda giudiziale entro sei mesi, perché la costituzione in mora dovrebbe mantenere comunque il suo effetto, indipendentemente dal tempo in cui il diritto venga poi azionato in giudizio¹²⁴.

Da ciò nasce il dubbio che il richiamo dell'art. 445 c.c. non sia alla nozione di mora in senso tecnico e lo dimostrano, del resto, le forti incertezze della dottrina, pur favorevole alla tesi qui criticata, sull'applicabilità degli oneri formali richiesti dall'art. 1219, 1°co., c.c.¹²⁵. In realtà, l'art. 445 c.c., come risulta anche dalla sua rubrica, non individua direttamente la fonte del credito alimentare, ma è scritto in funzione del diverso e più semplice problema della decorrenza dei pagamenti, presupponendo però che il diritto sorga solo con la sentenza costitutiva: gli atti indicati hanno lo scopo di segnare il limite temporale di retroattività del provvedimento giudiziale.

A tale soluzione non contrasta l'affermata retroattività, perché, se è vero che gli effetti delle sentenze costitutive sono di norma irretroattivi¹²⁶, esistono però ipotesi dove l'anticipazione degli effetti ad un momento anteriore al passaggio in giudicato si ricollega ad una concreta scelta legislativa¹²⁷: in particolare, l'art. 290, 2°co., c.c. in tema di legittimazione giudiziale del figlio naturale dispone che, se il provvedimento interviene dopo la morte del genitore, il medesimo abbia effetto dal momento del decesso, avvenuto in corso di causa oppure anche prima della domanda giudiziale, nell'ipotesi in cui l'azione venga esercitata, entro un anno dalla morte, dai figli o dagli ascendenti del genitore premorto ai sensi degli artt. 285 s. c.c. L'esempio prova che la presenza di un'adeguata *ratio* può indurre il legislatore a riportare l'efficacia di un provvedimento costitutivo anche ad un momento anteriore all'esercizio dell'azione: nell'art. 290 c.c., quella di rispettare la volontà del genitore e di garantire i diritti successori del legittimato; nell'art. 445 c.c., quella di non fare gravare sull'attore bisognoso, che veda accolta la propria richiesta, il pregiudizio

123 In questo senso, da ultimo, PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 547 ss.; ARGIROFFI, *Degli alimenti*, cit., 125 ss.; ma già G.B. FERRI, *op.cit.*, 663; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 924.

124 PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 549 s.

125 Ad esempio, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 497; GALLETTA, *op.cit.*, 951; SALA, *op.ult.cit.*, 620; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, 2°ed., Milano, 2006, 498, nota 58, per la quale trattasi di mora *ex re*.

126 Si rinvia a C.FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 161 ss., 214 ss.; BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, I, *Disposizioni generali*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1999, 38 ss.

127 Si pensi all'interdizione e all'inabilitazione *ex art.* 421 c.c., alla separazione giudiziale dei beni *ex art.* 193, 4°co., c.c., all'annullamento del contratto per incapacità legale dell'art. 1445 c.c. Ampiamente, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 346 ss.; C.FERRI, *op.cit.*, 191 s.; BONSIGNORI, *op.cit.*, 43; ARGIROFFI, *op.cit.*, 140 ss.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 547 ss.

economico derivante dalla durata del processo¹²⁸.

Ulteriore conferma della natura costitutiva del provvedimento giudiziale viene dall'art. 440 c.c. che disciplina alcune vicende dell'obbligazione alimentare, soggetta alla clausola *rebus sic stantibus*, dove la norma esclude qualsiasi automatismo nella modifica del rapporto alimentare già fissato¹²⁹.

Pertanto, verificata giudizialmente la sussistenza dei presupposti per la nascita del rapporto alimentare, quest'ultimo sorge con la pronuncia di accertamento costitutiva, cui si accompagna una sentenza consequenziale o dipendente di condanna: quest'ultima sarà disciplinata nella sua efficacia esecutiva dalle regole ordinarie degli artt. 282 e 337 c.p.c., le quali non distinguono tra pronunce di condanna pure e pronunce di condanna consequenziali (a domande costitutive o di mero accertamento)¹³⁰; consentendo alla sentenza di condanna dipendente di non essere condizionata all'efficacia della sentenza costitutiva pregiudiziale, che è invece normalmente legata al passaggio in giudicato¹³¹.

Alla natura costitutiva della sentenza in esame non è di ostacolo la conseguente qualifica del potere dell'alimentando, prima della domanda giudiziale, in termini di diritto potestativo, che male sembrerebbe conciliarsi con la posizione del soggetto passivo, il quale sarà tenuto al compimento di una attività positiva nella propria sfera giuridica (prestazione degli alimenti). Infatti, il prodursi degli effetti è certamente subordinato all'esercizio di un potere sostanziale di parte, discrezionale però solo nell'*an*, perché il contenuto degli effetti è già previsto dalla legge¹³²: pertanto,

128 Ampiamente, PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 551 s.

129 ARGIROFFI, *op.cit.*, 143; PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 552 ss., cui si rinvia per gli ulteriori argomenti a favore della tesi qui sostenuta.

130 Da ultimo, LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, 5^{ed.}, Milano, 2009, 205 s. Sul tema, si segnala Cass.civ., 26.1.2005, n. 1619, in *Giust.civ.*, 2005, I, 2057, che ha esteso il regime della provvisoria esecutorietà, di cui all'art. 282 c.p.c., anche alle sentenze di c.d. "condanna implicita", nelle quali l'esigenza di esecuzione deriva dalla stessa funzione che il titolo è destinato a svolgere, giungendo per tale via ad ammettere la provvisoria esecuzione di una sentenza costitutiva di servitù ex art. 1051 c.c., allorché contenga tutti gli elementi in concreto della servitù.

131 Sul diverso problema dell'anticipazione, rispetto al momento del passaggio in giudicato, degli effetti sostanziali prodotti dalle sentenze costitutive, e sulla sua soluzione in termini restrittivi, si rinvia a CONSOLO, in *Codice di procedura civile commentato* diretto da Consolo, a cura di Consolo e Luiso, 3^{ed.}, Milano, 2007, sub art. 282, 2214 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, 20^{ed.}, Torino, 2009, 316 s. Recentemente, con riferimento ad una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., Cass.civ., 3.9.2007, n. 18512 (in *Corr. giur.*, 2008, 350, con nota critica di GUIZZI, *Inadempimento a preliminare di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile*) aveva esteso la disciplina dell'immediata esecutività della sentenza di primo grado dell'art. 282 c.p.c. alla statuizione di condanna del promissario acquirente al pagamento del prezzo. Tuttavia, da ultimo, Cass.civ., 26.3.2009, n. 7369, in <http://bd46.leggiditalia.it>, ha riaffermato il principio che le sentenze di accertamento e quelle costitutive non hanno l'idoneità all'efficacia anticipata rispetto al momento del passaggio in giudicato, al di fuori delle statuizioni di condanna consequenziali.

132 A ciò non è di ostacolo che i fatti costitutivi siano indicati in modo generico tramite il ricorso a nozioni e parametri mutevoli nel tempo, quali lo stato di bisogno e le condizioni

l'effetto giuridico è ricollegato dal legislatore ad una "fattispecie complessa di cui sono elementi costitutivi *oltre* il fatto e l'esercizio del potere *anche* il previo accertamento giudiziale dell'esistenza dei fatti cui l'esercizio del diritto pretende attribuire rilevanza"¹³³. Da ciò consegue che l'attore, con la richiesta, anche non formale, di adempimento della futura prestazione alimentare o con la proposizione della domanda giudiziale, esercita il suo diritto potestativo, che conseguentemente si estingue per raggiungimento della funzione di attribuire rilevanza ai fatti costitutivi del futuro rapporto: pertanto, oggetto dell'eventuale accordo delle parti o, più frequentemente, del processo diventa, non già il diritto potestativo ormai estinto, bensì la situazione soggettiva costituenda¹³⁴.

9. ASSEGNO PROVVISORIO: PRESUPPOSTI E NATURA CAUTELARE ANTICIPATORIA

Ai sensi dell'art. 446 c.c., finché non sono determinati definitivamente il modo e la misura degli alimenti, il Presidente del tribunale può, sentita l'altra parte, ordinare un assegno in via provvisoria ponendolo, nel caso di concorso di più obbligati, a carico anche di uno solo di essi, salvo il regresso verso gli altri: la norma non rappresenta una duplicazione del già esaminato art. 443, 3°co., c.c., perché in quest'ultima disposizione l'*an* e il *quantum* devono risultare già individuati¹³⁵. Si tratta di una misura cautelare anticipatoria, alla quale si estende la disciplina del rito cautelare uniforme in virtù dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., sia pure col temperamento della valutazione di compatibilità ivi prevista¹³⁶: è

economiche, perché questo è solo un problema interpretativo e "il carattere elastico della norma non impedisce alla...stessa di operare direttamente sui fatti": PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 223 (ora in PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, in *Tratt.dir.civ. del Consiglio Nazionale Notariato*, diretto da Perlingieri, Esi, Napoli, 2008, 158). Diversamente, invece, se si ritiene che la fattispecie sostanziale debba essere completata, chiamando così le parti o il giudice a svolgere una funzione integrativa del testo normativo: di qui la discussa categoria delle sentenze costitutive-determinative (sulle quali, ampiamente, MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato Vassalli*, 2°ed., Torino, 1994, 152 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4°ed., Milano, 2003, 361 ss., 388 ss.; in materia di alimenti, già BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati di alimenti*, Camerino, 1921, 8 ss.; per una critica, PROTO PISANI, *op.cit.*, 222 ss.).

133 Da ciò consegue, secondo PROTO PISANI (*Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 195 ss.; ID., *I diritti e le tutele*, cit., 123 ss.), la necessità di sottoporre a revisione critica la categoria delle azioni costitutive.

134 Così PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 555. Sul tema, ampiamente, MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 190 ss.; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 204 ss.; ID., *I diritti e le tutele*, cit., 130 ss.

135 AULETTA, *op.ult.cit.*, 138; in *obiter* T.Catania, ord. 22.3.2005, cit.

136 In questo senso, da ultimo, CONSOLO, RECCHIONI, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., sub art. 669 *quaterdecies*, 4902; TARZIA, *La tutela cautelare*, in *Il processo cautelare* a cura di Tarzia e Saletti, 3°ed., Padova, 2008, XXIX ss. In giurisprudenza, Trib. Firenze, ord. 7.11.1994, in *Foro it.*, 1995, I, 1360; Trib.Catania, ord. 22.3.2005, cit.; parlano di misura cautelare tipica anche Pret.Roma, ord. 5.4.1974, in *Foro it.*, 1974, I, 1820; Trib.

pertanto riconducibile ai “provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito”, ora espressamente contemplati dall’art. 669 *octies*, 6°co., c.p.c.¹³⁷. Il giudice deve valutare il *fumus boni iuris*, cioè i presupposti oggettivi e soggettivi del diritto alimentare (rapporto di parentela¹³⁸, stato di bisogno, capacità economica dell’obbligato); mentre per il *periculum in mora* sarebbe sufficiente che la causa non sia prossima a decisione¹³⁹.

Peraltro, la disciplina dell’art. 446 c.c. è lacunosa, perchè si limita a prevedere la competenza del Presidente del tribunale¹⁴⁰ e sembra presupporre, nel suo inciso iniziale, che il giudizio di merito sia già stato instaurato¹⁴¹, il che comporta una duplice conseguenza: anzitutto, per la corresponsione periodica a titolo provvisorio di una somma di denaro prima della causa di merito, sarà esperibile il ricorso *ex art.* 700 c.p.c.,¹⁴²; in secondo luogo, per gli altri profili di disciplina, non contemplati dall’art. 446 c.c., troveranno applicazione le norme del rito cautelare uniforme di cui agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., secondo il rinvio, in termini di compatibilità, operato dall’art. 669 *quaterdecies* c.p.c.¹⁴³.

La sentenza che conclude il giudizio può presentare discordanze rispetto all’ordinanza di liquidazione dell’assegno, negando il diritto all’assegno nei confronti di quel determinato obbligato oppure riconoscendolo, ma in misura

Milano, 12.12.1984, in *Giur.it.*, 1986, I, 2, 344; Pret.Taranto, 26.1.1988, in *Arch.civ.*, 1988, 577; Pret.Ceglie Messapico, ord. 31.5.1989, in *Giust.civ.*, 1989, I, 2753. Invece, nel senso di una procedura incidentale di natura contenziosa, SALA, *op.ult.cit.*, 625; mentre T.Venezia, ord. 28.7.2004, in *Giur. mer.*, 2005, 250, riconosce al provvedimento presidenziale una funzione, non già cautelare, ma solo anticipatoria degli effetti della sentenza (ma già Cass.civ., 16.3.1977, n. 1040, in *Foro it.*, 1977, I, 1725).

137 Sul nuovo procedimento cautelare uniforme, da ultimo MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 20 ed., Torino, 2009, 243 ss.

138 Tuttavia, Trib.Catania, ord. 22.3.2005, cit., ha ritenuto astrattamente ammissibile la domanda di assegno provvisorio, da parte del figlio, in un giudizio per la dichiarazione della paternità naturale, dove ancora si controverteva in ordine alla stessa collocazione di un soggetto, il padre, nel novero degli obbligati.

139 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 518.

140 In giurisprudenza, si è ritenuto che l’applicazione delle regole del procedimento cautelare uniforme avrebbe sottratto al Presidente del tribunale la competenza a provvedere, riconoscendola, invece, al g.i. in corso di causa: così Trib.Firenze, ord. 7.11.1994, cit.; Trib. Catania, ord. 22.3.2005, cit.

141 E’ pressochè pacifica l’opinione che applica l’art. 446 c.c. solo in pendenza del giudizio: Trib. Roma, ord. 21.12.1967, in *Temi rom.*, 1967, 645; Trib.Cassino, 23.1.2001, in *Gius.*, 2002, 98; Trib.Venezia, ord. 28.7.2004, cit.

142 Nel senso che il provvedimento può essere richiesto anche *ante causam* al giudice competente a conoscere il merito, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5°ed., Napoli, 2006, 656 s.; F.VERDE, *I provvedimenti cautelari. La nuova disciplina*, Padova, 2006, 73 s.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 446, 567; in giurisprudenza, in *obiter*, Cass.civ., 11.10.1972, n. 3000, in *Giust.civ.*, 1973, I, 18; Pret.Roma, ord. 5.4.1974, cit.; Pret.Ceglie Messapico, ord. 31.5.1989, cit. *Contra* Trib.Milano, 12.12.1984, cit.; Pret.Taranto, 26.1.1988, cit.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 517 s.

143 Per gli ulteriori profili, v. PACIA, *op.cit.*, sub art. 446, 568. Anche PROTO PISANI, *op.ult.cit.*, 656 s.; CONSOLO, RECCHIONI, *op.cit.*, sub art.669 *quaterdecies*, 4902; T.Firenze, ord. 7.11.1994, cit.

inferiore o superiore a quella in precedenza liquidata: in quest'ultimo caso, l'efficacia retroattiva della sentenza al momento della domanda o della costituzione in mora ex art. 445 c.c., impone al debitore di integrare, da quella data, l'assegno già corrisposto in via cautelare¹⁴⁴; mentre, nelle prime due ipotesi, il diritto al rimborso opererà secondo le regole dell'art. 440 c.c.¹⁴⁵.

10. MODALITÀ DI SOMMINISTRAZIONE

La facoltà di scelta, riconosciuta al debitore dal primo comma dell'art. 443 c.c., di versare anticipatamente un assegno oppure di accogliere in casa l'alimentando, induce la maggioranza degli interpreti a qualificare l'obbligazione alimentare come obbligazione alternativa¹⁴⁶; ma la presenza di alcune peculiarità, che l'allontanano dallo schema tipico degli artt. 1285 ss. c.c., rendono preferibile l'opinione che trattasi, in realtà, di obbligazione semplice avente ad oggetto la prestazione alimentare, mentre alternative sono solo le modalità di esecuzione della stessa¹⁴⁷. Tuttavia, occorre precisare che la scelta della convivenza non può mai esser imposta, perché ciò comporterebbe problemi di compatibilità con la tutela costituzionale della libertà personale: il creditore può opporsi e richiedere l'intervento del giudice, senza per questo perdere il diritto agli alimenti¹⁴⁸.

Ai sensi del capoverso dell'art. 443 c.c., l'autorità giudiziaria interviene quando l'obbligato non effettui la scelta ovvero vi sia contrasto tra le parti in ordine alle modalità di somministrazione: l'intervento appare come il necessario correttivo al potere decisionale del debitore. Nell'esercizio del suo potere discrezionale, il giudice può disattendere la domanda delle parti, senza violare il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato¹⁴⁹; ma la natura disponibile del diritto alla prestazione alimentare, come si vedrà nel prosieguo, dovrebbe negargli questo potere in presenza di accordo tra le parti sulle modalità di somministrare gli alimenti¹⁵⁰.

Si discute sull'ammissibilità di modalità di somministrazione diverse da quelle

144 AULETTA, *op.ult.cit.*, 8.

145 PACIA, *op.cit.*, sub art. 446, 568. Invece, Cass.civ., 18.4.1956, n. 1152, in *Foro it.*, 1957, I, 1258, applica il principio della retroattività solo a favore dell'alimentando, non imponendogli la restituzione della somma percepita in eccedenza.

146 Cass.civ., 14.6.1966, n. 1538, in *Rep.Giur.it.*, 1966, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n.117; GALLETTA, *op.cit.*, 949; SALA, *op.ult.cit.*, 624.

147 AULETTA, *op.ult.cit.*, 7; ANGELONI, cit., 49; ARGIROFFI, *op.cit.*, 187 s.; per gli ulteriori riferimenti, PACIA, *op.cit.*, sub art. 443, 540.

148 GALLETTA, *op.cit.*, 949; ARGIROFFI, *op.cit.*, 191; App.Firenze, 8.6.1956, in *Giur.tosc.*, 1956, 698; Trib.Bari, 17.3.1961, in *Corte Bari, Lecce e Potenza*, 1961, 407.

149 Cass.civ., 14.7.1986, n. 4539, in *Giust.civ.*, 1987, I, 1520; così anche MESSINA, *L'obbligazione alimentare*, in *Trattato Autorino Stanzione*, I, Torino, 2005, 380.

150 TAMBURRINO, *Le persone fisiche*, cit., 487; PACIA, *op.cit.*, sub art. 443, 543. Di diverso avviso, Cass.civ., 14.7.1986, n. 4539, cit., che ha statuito d'ufficio la conversione delle prestazioni pattuite in natura in prestazioni pecuniarie; MESSINA, *op.cit.*, 380.

indicate dal primo comma della norma¹⁵¹: a titolo di esempio, attribuzione gratuita del godimento di altro alloggio, fornitura periodica di beni in natura, destinazione al creditore delle rendite di un determinato cespite patrimoniale, pagamento diretto al terzo che presti assistenza all'alimentando, esenzione dal pagamento del canone dell'immobile di proprietà dell'obbligato¹⁵². La risposta, nel rispetto sempre di interessi fondamentali o di diritti costituzionalmente garantiti dell'obbligato, dev'essere positiva, specialmente se si accetta l'affermazione che all'alimentando non può esser imposta la convivenza con l'obbligato, perché in questo caso al giudice non resterebbe che ordinare il pagamento dell'assegno, con conseguente svilimento della portata dell'art. 443, 2°co., c.c. e del richiamo alle circostanze ivi contenuto¹⁵³.

11. STRUMENTI DI TUTELA CIVILE DEL CREDITO ALIMENTARE

Oltre agli strumenti specifici di tutela previsti dagli artt. 441, 3°co., 443, 3°co., e 446 c.c., la destinazione del credito alimentare al sostentamento della persona in stato di bisogno è assicurata dall'esclusione della somma dal pignoramento (art. 545, 1°co., c.p.c.) e quindi dal sequestro (art. 671 c.p.c.), tranne che per causa di alimenti e sempre con l'autorizzazione del Presidente del tribunale o di un giudice da lui delegato e per la parte dal medesimo determinata; nonché dalla massa fallimentare ai sensi dell'art. 46, 1°co., n. 2, l. fall., nei limiti di quanto necessario per il mantenimento del fallito e della sua famiglia. Alla medesima finalità è ispirato anche l'art. 545, 3°co., c.p.c., che considera impignorabili stipendi, salari ed altre indennità, salvo che si proceda per un credito alimentare e sempre nella misura fissata dal giudice¹⁵⁴.

Il credito alimentare già costituito gode dei normali strumenti di tutela a disposizione dei creditori, quali azione revocatoria e surrogatoria, nonché azione di simulazione, se il debitore effettuasse atti simulati¹⁵⁵; inoltre, i crediti relativi agli ultimi tre mesi sono forniti di privilegio generale sui mobili ex artt. 2751, n.4, e 2778, n.17, c.c., e per l'art. 2776 c.c., in caso di infruttuosa esecuzione sui mobili, sono collocati sussidiariamente sul prezzo degli immobili, con preferenza rispetto ai crediti chirografari.

151 In senso favorevole la giurisprudenza: Cass.civ., 9.10.1952, n. 2990, in *Rep.Giur.it.*, 1952, voce *Alimenti*, n. 11; Cass.civ., 17.3.1958, n. 870, in *Giust.civ.Mass.*, 1958, 306; Trib.Sant'Angelo dei Lombardi, 17.3.1970, in *Dir. e giur.*, 1970, 230; Trib.Genova, 31.12.1971, in *Dir.fam. pers.*, 1972, 500; in dottrina, da ultimo, GALLETTA, *op.cit.*, 949 s.; SALA, *op.ult.cit.*, 624; ARGIROFFI, *op.cit.*, 189 ss.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 443, 541 s.

152 In quest'ambito, peraltro, non può ammettersi la somministrazione degli alimenti *una tantum*, perché in contrasto con i parametri dell'art. 438 c.c. e con la variabilità dell'obbligazione alimentare prevista dall'art. 440, 1°co., c.c. (ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 50 ss.).

153 PACIA, *op.cit.*, sub art. 443, 543 s.

154 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 503 s.

155 AULETTA, *op.ult.cit.*, 10, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 514 s.

Infine, è ammissibile il ricorso agli ordinari mezzi di tutela del credito, quali pegno, ipoteca, sequestro e fideiussione: peraltro, se è pacifico che l'alimentando può soddisfarsi, quanto agli arretrati, con preferenza rispetto agli altri creditori o nei confronti del fideiussore¹⁵⁶; si dubita, invece, che il credito alimentare sia garantibile per il futuro, perché, presupponendo la possibilità economica del debitore di provvedervi, sarebbe l'ultimo dei crediti da soddisfare, con conseguente inutilità della garanzia stessa¹⁵⁷.

Da ultimo, come già ricordato parlando del donatario, la disposizione dell'art. 801 c.c. contempla una sanzione specifica per l'inadempimento del credito alimentare da parte dell'obbligato che a suo tempo avesse ricevuto una donazione dall'alimentato: si tratta della revocazione per ingratitudine dell'atto di liberalità, ma solo nell'ipotesi di debitore, che sia anche familiare ai sensi degli artt. 433 e 436 c.c.

12. MODIFICABILITÀ DELL'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE

La sentenza alimentare è subordinata alla clausola *rebus sic stantibus* e quindi passa in giudicato in correlazione alla situazione di fatto esistente al momento della pronuncia: pertanto, come dispone l'art. 440, 1° co., c.c., un mutamento sopravvenuto nelle condizioni economiche del debitore o dell'alimentando consente di adire nuovamente l'autorità giudiziaria per chiedere la riduzione, l'aumento o addirittura la cessazione dell'obbligazione¹⁵⁸; analogamente deve dirsi, anche se la norma testualmente non lo prevede, per il caso in cui dovessero diversificarsi i bisogni dell'alimentato¹⁵⁹. La circostanza sopravvenuta, che influisce con maggiore frequenza sulle condizioni economiche delle parti, è certamente l'inflazione: al riguardo, se è pacifico tra gli interpreti che è consentito chiedere un adeguamento¹⁶⁰; si nega invece, soprattutto in giurisprudenza, la possibilità di una forma di indicizzazione a carico dell'obbligato, fondandosi sull'assunto che eventuali clausole di adeguamento automatico non permettono di conservare una precisa relazione tra stato di bisogno e condizioni economiche del debitore¹⁶¹, salva l'ipotesi in cui si possa determinare con una certa sicurezza l'effetto della svalutazione sulle condizioni di entrambe le parti e, in particolare, si possa prevedere che i redditi dell'obbligato siano destinati a crescere in misura tale da assorbire il diminuito potere di acquisto della moneta¹⁶².

156 Fra i tanti, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 515; SALA, *op.ult.cit.*, 630.

157 PROVERA, *op.ult.cit.*, 105 s.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 515; SALA, *op.ult.cit.*, 630.

158 In giurisprudenza, Cass.civ., 3.1.1962, n. 3, in *Giust.civ.*, 1962, I, 246; Cass.civ., 5.6.1967, n. 1231, in *Foro pad.*, 1967, I, 852. In caso di condotta dolosa del debitore, v. riferimenti in PACIA, *op.cit.*, sub art. 440, 526.

159 FIGONE, *Gli alimenti*, cit., 105; FERRARA, *Il diritto agli alimenti*, cit., 268.

160 *Ex plurimis* BIANCA, *op.cit.*, 486; Cass.civ., 6.1.1981, n. 51, cit.

161 In questo senso, da ultimo, Cass.civ., 4.7.1985, n. 4030, in *Giust.civ.Mass.*, 1985, 1235.

162 Cass.civ., 13.1.1982, n. 169, in *Giur.it.*, 1982, I, 1, 1196; Cass.civ., 15.11.1985, n. 5600, in *Giust.civ.Mass.*, 1985, 1692. Invece, sembrano ammettere senza limiti clausole di adeguamento

Il primo comma dell'art. 440 c.c. prevede anche, nel caso di condotta disordinata o riprovevole dell'avente diritto, la possibilità di ridurre, ma non di escludere, gli alimenti, lasciando intendere che la riduzione, se pure rimessa nell'*an* e nel *quantum* ad ampia discrezionalità del giudice, tuttavia non debba essere di livello tale, da pregiudicare il soddisfacimento dei bisogni primari ed essenziali¹⁶³. Deve trattarsi di comportamento con "effetti, volontari o oggettivi ... idonei a far permanere lo stato di bisogno o a impedirne un'attenuazione", quali il rifiuto di lavorare, il parassitismo, lo sperpero dell'assegno o il suo impiego al soddisfacimento di bisogni futili, dannosi o comunque estranei alla sua destinazione¹⁶⁴. Tuttavia, l'espressione "riprovevole" ha un significato autonomo e consente di estendere la fattispecie anche a quei comportamenti irriguardosi o irriconoscenti nei confronti dell'obbligato ovvero gravemente lesivi dei suoi interessi fondamentali¹⁶⁵.

Da ultimo, va ricordato che anche l'obbligazione del donatario è caratterizzata dal perdurare nel tempo dei presupposti in forza dei quali era sorta: in particolare, il riferimento a possibili cessazione, riduzione e aumento della prestazione alimentare, dovuti al mutamento delle "condizioni economiche" dell'obbligato, di cui all'art. 440 c.c., va rapportato, nel caso della donazione, ad eventuali variazioni del suo valore residuale¹⁶⁶.

Nel prevedere la variabilità degli alimenti, l'art. 440 c.c. nulla dispone con riguardo alla decorrenza e, quindi, deve applicarsi la regola dell'art. 445 c.c., che prevede la retroattività della sentenza al momento della domanda giudiziale o della costituzione in mora, se seguita entro sei mesi dalla domanda stessa¹⁶⁷.

13. ESTINZIONE DELL'OBLIGAZIONE ALIMENTARE

L'obbligazione alimentare legale ha carattere strettamente personale, in quanto legata ai rapporti soggettivi che intercorrono tra obbligato ed alimentando: pertanto, non è trasmissibile *mortis causa* agli eredi, né dal lato attivo, dove oltretutto con la morte verrebbe meno anche il presupposto dello stato di bisogno, né dal lato passivo, come previsto testualmente dall'art. 448 c.c. L'obbligo si estingue *ipso iure*: nel primo caso, riguarda anche i crediti arretrati¹⁶⁸; nella seconda ipotesi, invece, l'estinzione non si estende agli assegni già scaduti e non corrisposti per

automatico, BIANCA, *op.cit.*, 486; SALA, *op.ult.cit.*, 626, nota 140.

163 Così VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 913 s.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 514. In giurisprudenza, Cass.civ., 26.7.1966, n. 2066, in *Rep.Giur.it.*, 1966, voce *Alimenti*, n. 5.

164 G.B.FERRI, *op.cit.*, 645. Nello stesso senso, da ultimo, GALLETTA, *op.cit.*, 945; SALA, *op.ult.cit.*, 627.

165 Da ultimo, SALA, *op.ult.cit.*, 627; PACIA, *op.cit.*, sub art. 440, 528. Ma l'opinione non è pacifica: DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 513.

166 SALA, *L'obbligo alimentare del donatario*, cit., 1015 ss.

167 Così Cass.civ., 20.6.1962, n. 1589, in *Dir.fall.*, 1962, II, 772. *Contra*, nell'ipotesi di riduzione dell'assegno, Cass.civ. 5.6.1990, n. 5384, in *Giust.civ.*, 1990 I, 2900.

168 In questo senso, invece, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 505; SALA, *Gli alimenti*, cit., 627.

inadempimento del debitore¹⁶⁹, con la precisazione che la natura costitutiva della sentenza rende però irrilevanti gli alimenti non corrisposti nel periodo intercorrente tra domanda (o costituzione in mora) e morte dell'obbligato¹⁷⁰.

Anche con la dichiarazione di morte presunta dell'obbligato o dell'alimentando, cessa l'obbligazione alimentare, come si desume dall'art. 63, 3°co., c.c., salvo il risorgere di essa con il ritorno o con la prova dell'esistenza della persona dichiarata presuntivamente morta¹⁷¹.

Nell'ipotesi di dichiarazione di assenza, l'art. 50, 4°co., c.c. dispone che coloro, i quali sarebbero liberati da obbligazioni per effetto della morte dell'assente – e in questa situazione si trova, appunto, il debitore di alimenti – possono venire temporaneamente esonerati dall'adempimento, salvo che si tratti delle obbligazioni alimentari tra affini previste dall'art. 434 c.c., nel senso che il coniuge dell'assente, dal quale deriva l'affinità, non è esonerato dall'adempire la sua obbligazione nei confronti dei suoceri, né questi ultimi sono liberati nei suoi confronti. Invece, la dichiarazione di assenza dell'obbligato non sembra costituire causa di cessazione dell'obbligazione alimentare già fissata, perché tale istituto non apre la successione e si limita a consentire l'immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, ai sensi dell'art. 50 c.c., con funzioni di amministrazione e di rappresentanza: pertanto, in questa veste, risponderanno dell'obbligazione nei confronti dell'alimentando¹⁷².

Il capoverso dell'art. 440 c.c. prevede quale ulteriore fatto estintivo, a favore del debitore, la circostanza che uno degli obbligati di grado anteriore sia (ora) in condizione di potere somministrare gli alimenti; ma impone di non liberare l'attuale debitore fino a quando non sia costituito a tutti gli effetti l'obbligo per il gravato di grado anteriore, al fine di tutelare la posizione dell'alimentando, il quale potrebbe vedersi mancare gli alimenti in pendenza della controversia tra gli obbligati, se il primo fosse liberato automaticamente con l'esistenza di un obbligato di grado anteriore¹⁷³.

A prima vista, potrebbe sembrare che l'art. 440, 2°co., c.c. faccia decorrere l'effetto estintivo (nei confronti dell'attuale debitore) e quello costitutivo (nei confronti del nuovo obbligato) dalla sentenza, con ciò derogando alla regola dell'art. 445 c.c., che dispone l'efficacia retroattiva del provvedimento giudiziale al momento di proposizione della domanda: in realtà, la norma si limita a sancire il principio di continuità degli alimenti; ma presuppone la regola generale, secondo la quale la liberazione dell'obbligato di grado posteriore e la costituzione dell'obbligo per quello di grado anteriore retroagiscono al tempo della domanda¹⁷⁴. A questo

169 E'opinione pacifica: TERRANOVA, *Contributo ad una teoria unitaria delle prestazioni alimentari*, cit., 274; GALLETTA, *op.cit.*, 954.

170 *Contra* AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 194 s.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 505; App.Bologna, 5.2.1948, in *Foro pad.*, 1948, I, 437.

171 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 505; SALA, *op.ult.cit.*, 628.

172 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 506; SALA, *op.ult.cit.*, 629.

173 G.B.FERRI, *op.cit.*, 646.

174 Così PROVERA, *op.ult.cit.*, 108; PACIA, *op.cit.*, sub art. 440, 529..

punto, può porsi l'interrogativo se il vecchio debitore abbia un diritto di rivalsa per le prestazioni effettuate dopo la domanda giudiziale, con la quale egli ha chiesto ed ottenuto la cessazione della propria obbligazione alimentare¹⁷⁵. La retroattività¹⁷⁶ del provvedimento giudiziale attribuisce a tali prestazioni la qualifica di pagamento di un debito altrui per un errore certamente scusabile: di conseguenza, saranno esercitabili l'azione di indebito soggettivo ex art. 2036 c.c. verso l'alimentato¹⁷⁷; in via surrogatoria ex art. 2900 c.c., in presenza dei presupposti dell'*eventus damni* e dell'inerzia del titolare, il diritto di credito dell'alimentato verso il nuovo debitore per le prestazioni arretrate¹⁷⁸; nonché, in ultima istanza, l'azione di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c.¹⁷⁹.

E'opportuno richiamare brevemente le altre possibili cause di estinzione del rapporto obbligatorio, in precedenza esaminate nel commento agli altri articoli in tema di alimenti: per il coniuge, l'annullamento del matrimonio, fatta eccezione per la fattispecie dell'art. 129 *bis* c.c., e il divorzio; per gli affini, le ipotesi contemplate dall'art. 434 c.c. e la nullità del matrimonio dal quale derivava il vincolo di affinità; per i figli, la perdita dello *status*; per il donatario, la nullità o la revoca della donazione, nonché, nei termini a suo tempo indicati, perimento, perdita o alienazione del bene donato¹⁸⁰.

Ulteriore causa di cessazione dell'obbligo alimentare è il fallimento del debitore, potendo il creditore insinuarsi nel passivo solo per le rate scadute

175 Sembra escludere qualsiasi azione per il rimborso, Trib.Monza, 15.1.2007, in *Rep.Giur.it.*, 2007, voce *Alimenti*, n. 15; nello stesso senso, ma solo nei confronti del vero obbligato, VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, cit., 169 ss., 194 ss.; v. anche ARGIROFFI, *op.cit.*, 174 ss.

176 Peraltro, va segnalato che, secondo una parte minoritaria della giurisprudenza e della dottrina, le disposizioni dell'art. 445 c.c. in tema di decorrenza degli alimenti riguardano l'azione alimentare diretta e non l'azione del terzo verso l'obbligato: Cass.civ., 20.5.1961, n. 1196, in *Foro it.*, 1962, I, 756; Cass.civ., 9.8.1988, n. 4883, cit.; G.B.FERRI, *op.cit.*, 651; SIRENA, *La gestione di affari altrui*, Torino, 1999, 329.

177 AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 6; G.B.FERRI, *op.cit.*, 650; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 491, SALA, *op.ult.cit.*, 622.

178 CABELLA PISU, *Prestazioni alimentari del terzo e strumenti di regresso*, in *Foro it.*, 1971, I, 723 ss.; AULETTA, *op.ult.cit.*, 6 s.

179 Accogliendo, però, una nozione restrittiva della sussidiarietà dell'azione ex art. 2042 c.c. (SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2005, 105 ss.; GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato Sacco*, 2^{ed.}, Torino, 2008, 68 ss.): così. CABELLA PISU, *op.cit.*, 732 ss.; PROVERA, *op.ult.cit.*, 117 s.; TRABUCCHI, *op.cit.*, 236; AULETTA, *op.ult.cit.*, 7; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 491. Invece, non dovrebbe essere proponibile la gestione d'affari, mancando il presupposto della spontaneità dell'intervento, anche se questa sembra essere l'opinione prevalente nella giurisprudenza: Cass., 6.12.1968, n. 3901, cit.; Cass., 17.7.1969, n. 2636, in *Foro it.*, 1970, I, 260; Cass., 9.8.1988, n. 4883, cit.; Trib.Vallo della Lucania, 8.7.1991, cit.; App.Milano, 1.3.2002, cit.; anche SIRENA, *La gestione di affari altrui*, cit., 326 ss.; GALLO, *op.cit.*, 288 s. In argomento, per ulteriori rilievi, PACIA, *op. cit.*, sub art. 440, 528 ss.

180 Con riferimento al donatario, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 527 s.; SALA, *L'obbligo alimentare del donatario*, cit., 1015 s.

prima della dichiarazione di fallimento¹⁸¹; inoltre, la perdita degli alimenti è pena accessoria, ai sensi dell'art. 609 *nonies*, 1° co., n. 3, c.p., per i delitti di violenza sessuale previsti, nell'ambito dei delitti contro la libertà personale, dagli artt. 609 *bis* - *octies* c.p.

Da ultimo, con riferimento alle singole prestazioni, in cui si articoli un credito alimentare già sorto, l'art. 444 c.c. prevede che l'assegno alimentare prestato secondo le modalità stabilite non può essere nuovamente richiesto, qualunque uso l'alimentando ne abbia fatto, salvo rinascere alle successive scadenze: è controverso se il rischio per il perimento incolpevole della prestazione, dovuto ad esempio al furto, gravi sull'alimentato; tuttavia, sia la finalità principale della disposizione, che è quella di tutelare l'obbligato, sia i principi generali in tema di obbligazioni, consentono di affermare che il rischio del perimento della prestazione ricevuta grava sul creditore¹⁸². Sempre con riferimento alle singole prestazioni, vanno ricordate le ipotesi di rinuncia e di prescrizione, nei limiti che si indicheranno nel paragrafo seguente.

14. DISPONIBILITÀ DEL DIRITTO ALLA PRESTAZIONE ALIMENTARE

Se l'alimentando è libero di fare ciò che vuole delle prestazioni ricevute ai sensi dell'art. 444 c.c., l'art. 447 c.c. sembra limitarlo, invece, nel potere di disporre del credito non ancora soddisfatto: il primo comma vieta la cessione del credito alimentare; mentre il capoverso nega all'obbligato la possibilità di opporre in compensazione un proprio credito, anche se il debito alimentare riguarda prestazioni scadute, e ciò indipendentemente dalla causa del credito, che potrebbe essere anche di natura alimentare¹⁸³. Con riferimento alla seconda ipotesi, la finalità della norma è chiaramente quella di evitare che l'obbligato volutamente ritardi il pagamento, onde avvalersi della compensazione¹⁸⁴: se questa è la *ratio*, non si può condividere l'opinione di chi applica il divieto anche nell'ipotesi opposta ed afferma che l'alimentando non potrebbe opporre in compensazione il suo credito alimentare¹⁸⁵.

In giurisprudenza, nel riformare una sentenza di primo grado in modo più favorevole all'obbligato, il giudice dell'appello, ravvisando nelle maggiori somme corrisposte sulla base della prima pronuncia il carattere della non ripetibilità ed applicando altresì la regola della non compensabilità del credito alimentare, ha finito per temperare l'efficacia retroattiva della sentenza di secondo grado, con una

181 FERRARA, *Il diritto agli alimenti*, cit., 274; GALLETTA, *op.cit.*, 953; SALA, *Gli alimenti*, cit., 629.

182 G.B.FERRI, *op.cit.*, 659; SALA, *op.ult.cit.*, 625 s. *Contra* VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., 929; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 467.

183 DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 502; CUBEDDU, *Riforma in appello di condanna agli alimenti e ripetizione delle prestazioni eseguite*, in *Fam. e dir.*, 1997, 118.

184 Da ultimo, ARGIROFFI, *op.cit.*, 217 s.

185 In questo senso, invece, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 502. Diversamente, VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 932; MORELLI, *op.cit.*, 339 s.; TERRANOVA, *op.cit.*, 272.

soluzione che non si può condividere: infatti, al soggetto obbligato sono stati negati, sia il diritto di chiedere la restituzione delle prestazioni adempiute in eccedenza, sia la possibilità di opporre in compensazione il relativo credito, in relazione alle prestazioni future dovute sulla base della sentenza di appello¹⁸⁶.

Se il divieto di compensazione da parte dell'obbligato è condivisibile, altrettanto non può dirsi, in contrasto però con l'opinione dominante, per il divieto di cessione dei crediti non ancora esigibili di cui al primo comma dell'art. 447 c.c.¹⁸⁷. In termini generali, secondo la disciplina dell'art. 1260 c.c., non sono cedibili i crediti di "carattere strettamente personale" ed i crediti per i quali il trasferimento sia vietato dalla legge (1°co.), nonché quelli la cui cedibilità sia stata convenzionalmente esclusa dalle parti (2°co.). Tuttavia, nell'ambito delle fattispecie ricordate, occorre distinguere, perché alcuni crediti diventano cedibili con il consenso del debitore: sono le ipotesi di cosiddetta cedibilità relativa, alla quale sono senz'altro riconducibili i crediti per i quali il divieto di trasferimento discenda da un precedente atto di autonomia, nonché quelli a carattere strettamente personale, quando la non cedibilità trovi fondamento nell'esigenza di tutelare un interesse privato disponibile¹⁸⁸.

A questo punto, occorre chiedersi se il limite sia superabile anche in presenza, come nella fattispecie in esame, di un divieto legale di trasferimento: a mio avviso, la risposta dev'essere positiva, perché il divieto di cessione è qui disposto ad esclusiva tutela di una posizione patrimoniale disponibile del debitore, quella di tutelare il medesimo contro il rischio di prestare gli alimenti, sia al cessionario, sia al familiare che, dopo il trasferimento del credito, si ritrovi nuovamente in stato di bisogno¹⁸⁹.

Tuttavia, è doveroso segnalare che la tesi assolutamente prevalente tra gli interpreti, non solo considera insuperabile il divieto di cessione dell'art. 447 c.c., ma da tale norma inferisce l'indisponibilità del diritto alla prestazione alimentare anche per i profili non espressamente disciplinati, in particolare affermando che è irrinunciabile¹⁹⁰, imprescrittibile, intransigibile¹⁹¹, non compromettibile in arbitri¹⁹²,

186 Cass.civ., 5.11.1996, n. 9641, in *Fam. e dir.*, 1997, 115, con nota contraria, per il profilo dell'irripetibilità, di CUBEDDU, *op.ult.cit.*; PACIA, *op.cit.*, sub art. 447, 569 s. In senso favorevole, invece, FERRANDO, voce *Alimenti*, in *Dig.disc.priv.(sez.civ.)*, Agg., I, Torino, 2000, 57; BIANCA, *op.cit.*, 487.

187 La norma, infatti, non contiene il riferimento anche alle prestazioni arretrate, che pertanto diventano credito comune: VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 929; BIANCA, *op.cit.*, 487. *Contra*, invece, DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 499; MORELLI, *Gli alimenti*, cit., 339 ss.

188 PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 66 s.; con riferimento al tema specifico degli alimenti, ARGIROFFI, *op.cit.*, 202 ss.

189 Si rinvia a PACIA, *op.cit.*, sub art. 447, 570 ss.

190 In questo senso, AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 166 s.; BIANCA, *op.cit.*, 487; SALA, *op.ult.cit.*, 603; Cass.civ., 28.2.1966, n. 616, in *Foro it.*, 1966, I, 1841; Cass.civ., 21.5.1984, n. 3115, in *Rep.Giur.it.*, 1984, voce *Separazione dei coniugi*, n. 32.

191 PROVERA, *op.ult.cit.*, 166 ss.; AULETTA, voce *Alimenti*, cit., 9; ANGELONI, *op.cit.*, 66 s.; DOGLIOTTI, *op.cit.*, 500; FIGONE, *op.cit.*, 100; BIANCA, *op.cit.*, 487; SALA, *op.ult.cit.*, 603; Cass.civ., 20.4.1942, n. 1081, in *Rep.Foro it.*, 1942, voce *Alimenti*, nn. 2-4. In senso parzialmente diverso, Cass.civ., 18.10.1955, n. 3255, in *Rep.Giur.it.*, 1955, voce *Alimenti*, n. 28, per la quale l'indisponibilità riguarda solo il diritto agli alimenti, non la loro misura.

192 *Ex plurimis* DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 501; SALA, *op.ult.cit.*, 603; App.Brescia, 25.6.1952, in

salvo poi a dividersi sull'applicabilità di tale regola solo alle prestazioni future o anche a quelle scadute¹⁹³.

Sull'affermata indisponibilità degli alimenti, in mancanza di un'espressa previsione di legge, occorre fare alcuni *distinguo*, legati alla situazione giuridica di riferimento. Se per essa s'intende il diritto (potestativo) di avvalersi, tramite accordo o provvedimento giudiziale, dell'assistenza delle persone indicate dalla legge in caso di bisogno, non si può non convenire sulla sua indisponibilità, perché trattasi di un diritto strettamente personale ed ancora potenziale rispetto al sorgere del diritto alla prestazione alimentare¹⁹⁴.

L'impostazione cambia radicalmente, invece, se per indisponibilità s'intende l'impossibilità di rinunciare alle singole prestazioni, in cui si articoli un credito alimentare già accertato e sorto (in via convenzionale o giudiziale); ovvero di pattuire o chiedere al giudice un assegno di importo inferiore alla misura legale; ancora, di sostituire alla determinazione giudiziale una diversa previsione delle parti in via transattiva o arbitrale¹⁹⁵. Se la nascita dell'obbligazione alimentare è sempre subordinata alla volontà dell'avente diritto, se l'alimentando è libero nell'uso dell'assegno ricevuto ai sensi dell'art. 444 c.c., è difficile poi affermare l'indisponibilità del diritto di credito alla prestazione. Né, d'altra parte, l'irrinunciabilità può essere considerata una conseguenza logica del divieto di cessione, perché rinuncia e disposizione sono attività distinte, che rispondono ad interessi diversi, in quanto nella rinuncia il debitore non corre il rischio di prestare gli alimenti, sia al cessionario, sia al familiare nuovamente in stato di bisogno¹⁹⁶.

Le considerazioni svolte permettono di risolvere agevolmente il problema dell'imprescrittibilità del diritto alimentare, costantemente affermata sulla base della sua natura indisponibile e della previsione dell'art. 2934, 1° co., c.c.¹⁹⁷. In realtà, imprescrittibile è il diritto astratto alla pretesa alimentare, poiché è il solo ad essere indisponibile¹⁹⁸: quindi, mentre il diritto di credito alle rate scadute è soggetto alla regola speciale dell'art. 2948 c.c., deve ritenersi soggetto al termine ordinario di prescrizione il diritto alle prestazioni future, già statuito con sentenza o accordo¹⁹⁹.

Foro pad., 1953, I, 536.

193 Consentono la rinuncia e, più in generale, la disponibilità, delle prestazioni arretrate, PROVERA, *op.ult.cit.*, 165 ss.; ANGELONI, *op.cit.*, 69; MORELLI, *op.cit.*, 341 s.; BIANCA, *op.cit.*, 487; App.Roma, 3.4.1956, in *Rep.Giust.civ.*, 1956, voce *Alimenti*, n. 28.

194 Nello stesso senso, G.B.FERRI, *op.cit.*, 670; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 931; PACIA, *op.cit.*, sub art. 447, 576.

195 Favorevoli all'ammissibilità degli atti indicati, G.B.FERRI, *op.cit.*, 670 s.; VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 930 s.; ARGIROFFI, *op.cit.*, 223 ss. Distingue tra rapporto alimentare (irrinunciabile) ed obbligazione alimentare già sorta, suscettibile di remissione e novazione, anche TERRANOVA, *op.cit.*, 270 ss.

196 ARGIROFFI, *op.cit.*, 224; PACIA, *op.cit.*, sub art. 447, 576 s.

197 E' affermazione assolutamente prevalente tra gli interpreti: *ex plurimis*, BIANCA, *op.cit.*, 491; SALA, *op.ult.cit.*, 603 s.

198 G.B.FERRI, *op.cit.*, 673; VINCENZI AMATO, *Gli alimenti.Struttura giuridica e funzione sociale*, cit., 141 ss.; ARGIROFFI, *op.cit.*, 220 ss.

199 VINCENZI AMATO, *op.ult.cit.*, 144 ss.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 447, 577.

15. FONTI DELL'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE DIVERSE DAL PROVVEDIMENTO GIUDIZIALE

La norma di chiusura in materia di alimenti, l'art. 448 c.c., dispone la cessazione dell'obbligo con la morte del debitore, "anche" se questi li ha somministrati in esecuzione di sentenza, con ciò presupponendo che, "pur rimanendone immutata la complessa disciplina, la fonte dell'obbligo possa trovarsi al di fuori dallo schema legale descritto dall'art. 445 c.c."²⁰⁰.

Quanto affermato trova conferma, in ambito *mortis causa*, nell'art. 660 c.c. che prevede il legato di alimenti, il quale consiste in un lascito disposto per testamento, a carico di un erede o di un legatario, a favore di un beneficiario, allo scopo di fare fronte ai bisogni di quest'ultimo. La norma stabilisce che il legato, a favore di chiunque sia fatto, comprende le somministrazioni indicate dall'art. 438 c.c., ma fa salva una diversa volontà del testatore: l'ipotesi è chiaramente riferita al legato generico di alimenti, senza cioè l'assegnazione di una somma prestabilita a tale titolo²⁰¹.

Quindi, gli artt. 448 e 660 c.c., unitamente alle considerazioni in precedenza svolte sulla funzione della costituzione in mora, provano, non solo il potere dei privati di creare vincoli alimentari, ma anche l'applicabilità ai medesimi della disciplina della figura legale, nel presupposto, s'intende, che la causa alimentare sia presente nell'atto negoziale²⁰²; ma non si tratterà di un negozio di accertamento, perché l'obbligo legale, comunque, non nasce direttamente dalla legge²⁰³. A mio avviso, il principio di autonomia permette la conclusione di un contratto alimentare anche alle parti che non siano legate tra loro da uno dei rapporti menzionati nell'art. 433 c.c.²⁰⁴: il contratto alimentare dovrebbe considerarsi atto a titolo gratuito, poiché la necessaria presenza dello stato di bisogno rende difficilmente configurabile, senza entrare in altra figura contrattuale²⁰⁵, la possibilità di pattuire un corrispettivo, quale la cessione di un bene o di altro diritto²⁰⁶; peraltro, non si tratterà di donazione

200 ARGIROFFI, *op.cit.*, 150.

201 Diversamente, ove il testatore abbia indicato una prestazione periodica di danaro, sarà necessario verificare se il testatore abbia legato, piuttosto, una rendita vitalizia, svincolata dallo stato di bisogno, e non gli alimenti: per un esame più dettagliato dell'istituto e per gli ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia, da ultimo, a BOERO, in *Commentario cod.civ.* diretto da E.Gabrielli, *Delle successioni* a cura di Cuffaro e Delfini, II, Torino, 2010, sub art.660, 701 ss.; BONILINI, *Il legato*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, II, Milano, 2009, 581 ss.; in giurisprudenza, Cass.civ., 5.8.1987, n. 6727, in *Riv.not.*, 1988, 1390.

202 Ampiamente, sul punto, ARGIROFFI, *op.cit.*, 147 ss.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 557 ss.; anche CARUSI, *op.cit.*, 57.

203 Così, invece, la dottrina prevalente: AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 65 s.; DOGLIOTTI, *op.ult.cit.*, 506 ss., 533; SALA, *op.ult.cit.*, 632.

204 Sembra favorevole TRABUCCHI, *op.cit.*, 229; diversamente, ARGIROFFI, *op.cit.*, 161.

205 Parla, infatti, sempre di rendita vitalizia, MARINI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Trattato Rescigno*, 13, V, Torino, 1985, 35 s.

206 PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 558 s.; v. anche SALA, *op.ult.cit.*, 633; GALLETTA, *op.cit.*, 960.

perchè, anche a ritenere presente l'*animus donandi*, siffatta obbligazione non comporta arricchimento del beneficiario, inteso come stabile maggiorazione del suo patrimonio o come risparmio di spesa²⁰⁷, in quanto lo stato di bisogno dell'alimentato impedisce il suo sostentamento e quindi l'erogazione di spese²⁰⁸.

In dottrina e in giurisprudenza, oltre alla rendita vitalizia, è diffusa la figura dei cosiddetti vitalizi impropri, cioè dei contratti innominati di mantenimento, di vitalizio assistenziale e di vitalizio alimentare²⁰⁹: solo quest'ultimo potrebbe, a mio avviso, identificarsi con il contratto alimentare, ma bisogna intendersi sul significato dell'espressione, che spesso è utilizzata, soprattutto dalla giurisprudenza, come sinonimo di vitalizio di mantenimento²¹⁰.

Da ultimo, è opportuno dare atto dell'attuale vigenza, secondo la giurisprudenza di legittimità, della l. 3.12.1931, n. 1580, in tema di "rivalsa delle spese di ospedalità e manicomiali"²¹¹; anche se la normativa è ritenuta implicitamente abrogata dalla prevalente dottrina e da una parte della giurisprudenza di merito, a seguito della chiusura dei manicomi (l. 13.5.1978, n. 180) e, soprattutto, della riforma del servizio sanitario nazionale (attuata con l. 23.12.1978, n. 833)²¹². Pur condividendo quest'ultima soluzione, la fattispecie merita comunque di essere ricordata, perchè, a seguire l'indirizzo delle Corti di legittimità, ci si troverebbe in presenza di un provvedimento costitutivo di alimenti della Pubblica Amministrazione, a riprova della nascita non automatica del diritto alla prestazione alimentare; anche se l'ipotesi in esame presenta indubbie particolarità, che l'allontanano dalla disciplina generale degli alimenti²¹³.

207 Nel primo senso, TORRENTE, *La donazione*, cit., 7 ss.; nel secondo, LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, 214. Sul tema, ampiamente, CONTE, *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, VI, Milano, 2009, 28 ss.

208 Diversa, invece, è l'ipotesi del contratto di mantenimento: Cass., 19.10.1998, n. 10332, in *Contr.*, 1999, 221.

209 Anche se la dottrina dominante preferisce parlare di contratti "socialmente tipici", vista la frequenza con la quale vengono impiegati: v., ad esempio, BONILINI, *Ancora in tema di vitalizio assistenziale*, in *Contr.*, 2000, 869.

210 Per ulteriori riferimenti, si rinvia a PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 559 s.; MALVANO, "Vitalizio assistenziale" e nullità per mancanza di alea, in *Notariato*, 2010, 274 ss.

211 In particolare, Corte.Cost., 22.6.1989, n. 349, in *Cons.Stato*, 1989, II, 826; Cass.civ., 20.1.1998, n. 481, in *Dir.fam.pers.*, 1998, 904; Cass.civ., 16.3.2001, n. 3822, in *Giur.it.*, 2001, 1822; Cass.civ., 24.2.2004, n. 3629, in *Rep.Giur.it.*, 2004, voce *Spedalità (spese di)*, n. 4; Trib.Genova, 8.11.2006, *ivi*, 2007, voce *cit.*, n. 2. Limitatamente alle ipotesi di onerosità, per il beneficiario, delle prestazioni erogate dal servizio sanitario nazionale, Cass.civ., 26.3.2003, n. 4460, *ivi*, 2003, voce *cit.*, n. 2, e recentemente Cass.civ., 20.1.2009, n. 1352, in <http://dejure.giuffre.it>.

212 FERRARA, *op.cit.*, 279 ss.; SALA, *op.ult.cit.*, 622, nota 122. In giurisprudenza, Trib.Verona, 14.5.1996, in *Fam. e dir.*, 1997, con nota adesiva di ANSALDO, *Anziani non autosufficienti: obbligo alimentare e pagamento della retta degli istituti di assistenza*; Trib.Torino, 1.3.1999, *ivi*, 2000, con nota adesiva di FIGONE, *Diritto degli anziani non autosufficienti e pagamento delle rette di ricovero*; T.A.R. Veneto, 3.11.1999, n. 1785, in *Rep.Giur.it.*, 2000, voce *Invalidi*, n. 24. Per ulteriori riferimenti, ROLANDO, *op.cit.*, 295 ss.

213 Così, infatti, ARGIROFFI, *op.cit.*, 163 ss.; PACIA, *op.cit.*, sub art. 445, 561 ss.

16. COMPETENZA, LEGGE APPLICABILE, RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DELLE DECISIONI IN MATERIA DI OBBLIGAZIONI ALIMENTARI: REGOLAMENTO (CE) N. 4/2009

I temi della cooperazione giudiziaria e dell'uniformazione del diritto internazionale privato in materia di obbligazioni alimentari sono stati recentemente affrontati, sia in sede comunitaria, sia nell'ambito della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato. In particolare, in seno a quest'ultima, il 23 novembre 2007 è stata adottata la Convenzione sul recupero internazionale degli alimenti destinati ai minori e agli altri membri della famiglia, dove sono dettate regole sulla cooperazione fra Autorità centrali degli Stati contraenti, stabilendo un procedimento di circolazione delle decisioni rese dalle autorità giudiziarie o amministrative in materia²¹⁴. Nel medesimo giorno è stato approvato anche il Protocollo alla Convenzione, relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari²¹⁵.

In ambito comunitario, il Consiglio dell'Unione Europea ha approvato il 18 dicembre 2008 il Regolamento (CE) n. 4/2009, che disciplina la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obblighi alimentari: ai sensi dell'art. 76, sarà applicabile a partire dal 18 giugno 2011, a condizione che in quella data il Protocollo de L'Aja del 23 novembre 2007 sia "applicabile nella Comunità"; in caso contrario, dalla successiva data di applicazione di detto Protocollo nella Comunità²¹⁶.

214 La Convenzione è consultabile al sito www.hcch.net. Sulla Convenzione, recentemente, BORRÁS, *La convenzione e il protocollo dell'Aja del 2007 in tema di alimenti*, in AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, a cura di Baruffi e Cafari Panico, Padova, 2009, 17 ss.

215 Il Protocollo è consultabile sul sito www.hcch.net. Il termine Protocollo è probabilmente impiegato perché, secondo il suo stesso Preambolo, lo sviluppo di regole generali relative alla legge applicabile può costituire un'integrazione utile alla Convenzione del 2007. Tuttavia, il Protocollo non è un mero atto sussidiario: infatti, ai sensi dell'art. 23, è aperto alla firma di tutti gli Stati e tutti gli Stati firmatari possono ratificarlo, accettarlo o approvarlo; inoltre, il Protocollo è aperto all'adesione di qualsiasi Stato. Pertanto, non vi è alcun rapporto di sussidiarietà o di complementarietà, trattandosi di una Convenzione autonoma, che bene potrebbe essere ratificata da uno Stato non parte alla Convenzione del 2007: così anche BORRÁS, *op.cit.*, 34 ss.

216 Il Regolamento (consultabile sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. e in *Riv.dir.int.priv. e proc.*, 2009, 1038 ss.) sarà senz'altro applicabile a decorrere dal 18 giugno 2011, perché il Protocollo (non ancora internazionalmente in vigore, in mancanza della seconda ratifica) è stato, però, già approvato e ratificato dall'Unione europea in data 8 aprile 2010, in base alla Decisione del Consiglio dell'Unione europea 30 novembre 2009, n. 2009/941/CE, che ha approvato il Protocollo e ne ha dichiarato comunque la sua applicazione in via provvisoria nella Comunità (con esclusione di Regno Unito e Danimarca, che non hanno partecipato all'adozione della decisione in oggetto) dal 18 giugno 2011, così ricorrendo allo strumento, previsto dall'art. 300, par. 2, TCE (dopo il Trattato di Lisbona, art. 218, par. 5, TFUE), dell'applicazione provvisoria di un accordo internazionale prima della sua entrata in vigore. In questo senso, già VIARENGO, in POCAR, VIARENGO, *Il Regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Riv.dir.int.priv. e proc.*, 2009, 810 s., 821, cui si rinvia anche per i profili soggettivi di applicazione nei confronti di Danimarca e Regno Unito (sul punto, anche

Il nuovo Regolamento, sostituendosi alle disposizioni preesistenti²¹⁷, ha voluto realizzare l'obiettivo di racchiudere in un unico atto le norme in materia di giurisdizione (artt. 3-14); legge applicabile (art. 15); riconoscimento, esecutività ed esecuzione delle decisioni (artt. 16-43), delle transazioni giudiziarie e degli atti pubblici (art. 48); patrocinio a spese dello Stato (artt. 44-47); cooperazione tra Autorità centrali (artt. 49-63). A questo fine, l'art. 2, n. 2, consente di applicare il Regolamento anche alle decisioni adottate dalle autorità amministrative degli Stati membri competenti in materia di obbligazioni alimentari, purché offrano garanzie sull'imparzialità e sul diritto di audizione delle parti, e siano altresì suscettibili di riesame dinanzi ad un'autorità giudiziaria.

In particolare, il Regolamento ha recepito le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 23 novembre 2007, sul recupero internazionale degli alimenti destinati ai minori e agli altri membri della famiglia, e del Protocollo de L'Aja del 23 novembre 2007, relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari. Il Regolamento pone norme specifiche per il coordinamento con altre Convenzioni internazionali, delle quali gli Stati membri siano parti, in particolare nell'art. 69²¹⁸. Invece, in relazione al rapporto fra il Protocollo del 2007 ed il Regolamento, quest'ultimo, nell'art. 15, si limita ad affermare che l'individuazione della legge applicabile è disciplinata dal Protocollo negli "Stati membri vincolati da questo strumento": il fine della disposizione, che pareva significare l'intento della Comunità di non esercitare la propria competenza interna in materia, rimettendosi alle soluzioni raggiunte dalla Conferenza de L'Aja ed alla discrezionalità degli Stati di aderire al Protocollo, è stato però smentito dalle recente ratifica del Protocollo da parte

MARINO, *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2009, II, 600).

Per un primo commento al Regolamento, v. PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario cod. civ.* diretto da E.Gabrielli, *Della famiglia* a cura di Balestra, III, Torino, 2009, sub art. 433, 485 ss. Ampiamente, AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, cit., *passim*; CASTELLANETA, LEANDRO, *Il Regolamento CE n.4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 1051 ss.; POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 805 ss.; MARINO, *op.cit.*, 599 ss.

217 Per le quali si rinvia a TROMBETTA-PANIGADI, *Le obbligazioni alimentari*, in *Tratt.dir. priv.Unione Europea* diretto da Ajani e Benacchio, II, *Persone e famiglia*, Torino, 2008, 449 ss. Sull'ambito di applicazione del Regolamento n. 4/2009, v. VIARENGO, *Il recupero dei crediti alimentari nel diritto comunitario: il regolamento 4/2009*, in AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, cit., 111 ss.

218 Così dispone l'art. 69: "1. Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle convenzioni e degli accordi bilaterali o multilaterali di cui uno o più Stati membri sono parte al momento dell'adozione del presente regolamento e che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento, fatti salvi gli obblighi che incombono agli Stati membri in virtù dell'articolo 307 del trattato. 2. Nonostante il paragrafo 1 e fatto salvo il paragrafo 3, il presente regolamento prevale, tra gli Stati membri, sulle convenzioni e gli accordi che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento e di cui sono parte gli Stati membri". Il par. 3 disciplina il coordinamento con la Convenzione del 23 marzo 1962 tra la Svezia, la Danimarca, la Finlandia, l'Islanda e la Norvegia sul recupero dei crediti alimentari, che, come risulta dal considerando n. 40, contiene norme più favorevoli in tema di riconoscimento ed esecuzione. V. LEANDRO, in CASTELLANETA, LEANDRO, *op.cit.*, 1110 s.

dell'Unione europea²¹⁹. Inoltre, ai sensi dell'art. 68, n. 1, il nuovo Regolamento "modifica" il Regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 (cd. "Bruxelles I") - concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - "sostituendone le disposizioni applicabili in materia di obbligazioni alimentari", in relazione ai procedimenti avviati successivamente alla data di applicazione del Regolamento in esame²²⁰. Analogamente, il n. 2 dell'art. 68 prevede la sostituzione del Regolamento (CE) n. 805/2004 del 21 aprile 2004, sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, tranne che per "i titoli esecutivi europei riguardanti obbligazioni alimentari emessi in uno Stato membro non vincolato dal protocollo de L'Aja del 2007"²²¹.

17. SEGUE: NOZIONE DI OBBLIGAZIONE ALIMENTARE

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione e la nozione di obbligazioni alimentari, è necessario muovere dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il cui contenuto, in applicazione delle nuove competenze conferite alla Comunità dal Trattato di Amsterdam, fu poi trasfuso nel già ricordato Regolamento (CE) n. 44/2001. Pur mancando in entrambe le fonti ricordate una definizione di obbligazioni alimentari, soccorrono, da un lato, la relazione Jenard e la relazione Schlosser che accompagnavano, rispettivamente, la menzionata Convenzione di Bruxelles e la Convenzione di Lussemburgo del 9 ottobre 1978, con la quale alla prima avevano aderito Danimarca, Irlanda e Regno Unito; dall'altro, le soluzioni interpretative fornite dalla Corte di Giustizia sulle norme della Convenzione di Bruxelles ed applicabili anche alle corrispondenti disposizioni del Regolamento (CE) n. 44/2001, in armonia con quanto previsto dal suo *considerando* n. 19. La Corte ha sempre adottato un'accezione di obbligazione alimentare ampia ed indipendente dalla diversa denominazione eventualmente assunta all'interno dei vari ordinamenti nazionali, sottolineando l'utilità e l'esigenza di elaborare una nozione autonoma dell'espressione, perché la sola in grado di garantire l'applicazione uniforme della Convenzione²²²: in particolare, i presupposti dell'obbligazione alimentare sono

219 Peraltro, per una diversa lettura della norma alla luce del successivo Regolamento (CE) n. 664/2009, LEANDRO, *op.cit.*, 1055 ss.

220 Al riguardo, complesse regole di coordinamento sono dettate dall'art. 75 del Regolamento n. 4/2009: LEANDRO, *op.cit.*, 1093 s.

221 Sul rapporto con gli altri regolamenti comunitari, BARUFFI, *In tema di riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari verso i minori*, in AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, cit., 138 ss.; con particolare riguardo al Regolamento (CE) n. 2201/2003, ESPINOSA CALABUIG, *Las obligaciones alimenticias hacia el menor y su relación con la responsabilidad parental: los reglamentos 4/2009 y 2201/2003*, *ivi*, 51 ss.

222 Così C.Giust.CE, 6.3.1980, 120/1979, *de Cavel c. de Cavel*, in *Riv.int.dir.priv. e proc.*, 1980, 475; C.Giust.CE, 20.3.1997, C-295/1995, *Farrell c. Long*, in *Fam. e dir.*, 1997, 205, e C.Giust.CE, 27.2.1997, C-220/1995, *van den Boogaard c. Laumen*, *ibidem*, 206, con nota di

costituiti dallo scopo, anche solo parziale, del mantenimento del soggetto bisognoso e dalla commisurazione della prestazione alle necessità del creditore ed alle capacità economiche del debitore²²³. La nozione europea, quindi, è molto diversa dai corrispondenti alimenti dell'ordinamento italiano e si avvicina, piuttosto, a quella di mantenimento accolta nei diritti inglese (*maintenance*), americano (*alimony*), francese (*obligation* o *prestation alimentaire*) e tedesco (*unterhalt*)²²⁴. Così, l'obbligazione alimentare trova applicazione, nel caso di rapporti tra coniugi, quando la medesima sia corrisposta prima o dopo lo scioglimento del matrimonio, sia imposta *ex lege* o con provvedimento giudiziale; è altresì indipendente dal carattere provvisorio o no della prestazione, dalla sua funzione parzialmente compensativa, dalle modalità di pagamento (potendo consistere anche in soluzioni *una tantum*) o di somministrazione della stessa, ad esempio mediante costituzione di garanzie reali o trasferimento di diritti patrimoniali²²⁵. Invece, la Corte non ha avuto occasione di pronunciarsi sulle obbligazioni alimentari di carattere successorio, che peraltro, secondo una parte della dottrina, andrebbero escluse dalla nozione comunitaria, unitamente a quelle derivanti da atto negoziale o da fatto illecito²²⁶.

Anche il Regolamento CE n. 4/2009 non offre alcuna definizione dell'istituto e si limita ad affermare, nell'art. 1, la sua applicazione alle "obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità". Tuttavia, il nuovo Regolamento, non solo sembra collocarsi, sotto questo profilo, nel solco del Regolamento CE n. 44/2001, come risulta dal *considerando* n. 44, ma contiene anche una serie di elementi idonei a fare ritenere che la nozione sopra individuata

BALLARINO, *Le obbligazioni in materia alimentare nella Convenzione di Bruxelles*.

223 C.Giust.CE, 27.2.1997, C-220/1995, *van den Boogaard c. Laumen*, cit., dove si escludono dall'ambito alimentare le prestazioni attinenti unicamente alla ripartizione dei beni tra i coniugi, in quanto riconducibili al regime patrimoniale della famiglia.

224 In questo senso si è espressa anche Cass.civ., S.U., 24.7.2003, n. 11526, in *Rep.Giur.it.*, 2003, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n. 632, con riferimento ad una domanda di revisione delle disposizioni contenute in una sentenza di divorzio, proposta nei confronti dell'ex coniuge e del figlio maggiorenne, in tema di mantenimento di quest'ultimo; Cass. civ., S.U., ord. 1.10.2009, n. 21053, in *Fam. e dir.*, 2010, 821, con nota adesiva di GRASSO, *La controversia in "materia di obbligazioni alimentari" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Cassazione*, in merito all'assegno di mantenimento tra coniugi separati. Diversamente, T.Firenze, decr. 20.5.2003, in *Riv.internaz.dir.priv. e proc.*, 2005, 737 (con nota di MARONGIU BUONAIUTI, *Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti "Bruxelles I" e "Bruxelles II"*, ivi, 2005, 699), il quale ha ritenuto di non applicare il Regolamento CE n. 44/2001 in relazione ad una domanda di modifica delle condizioni di separazione consensuale sull'ammontare di un assegno a titolo di contributo per il mantenimento del coniuge separato, argomentando, fra l'altro, dalla differenza esistente nel nostro ordinamento tra mantenimento ed alimenti.

225 C.Giust.CE, 6.3.1980, 120/1979, *de Cavel c. de Cavel*, cit.; con riferimento alla prestazione *una tantum* ed al trasferimento della proprietà di taluni beni da uno dei coniugi all'altro in sede di divorzio, C.Giust.CE, 27.2.1997, C-220/1995, *van den Boogaard c. Laumen*, cit. V., altresì, PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 488 ss.; VIARENGO, *op.ult.cit.*, 116 s.; ID., in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 807 s.

226 In questo senso, VIARENGO, *Le obbligazioni alimentari*, in *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, a cura di Bariatti, Milano, 2007, 235.

sia stata mantenuta: anzitutto, ai sensi del *considerando* n. 11, “la nozione di obbligazione alimentare dovrebbe essere interpretata in maniera autonoma”; in secondo luogo, l’art. 4, n.1, lett.c), espressamente richiama le obbligazioni alimentari anche tra *ex coniugi*, laddove nell’ordinamento italiano gli alimenti non sono in questo caso dovuti; analogamente, l’art. 3, lett.d), è riferito ad una domanda di alimenti accessoria ad un’azione relativa alla responsabilità genitoriale. Pertanto, il Regolamento in esame esprime favore per un trattamento unitario di tutti gli istituti che mirano ad assicurare ai congiunti mezzi di sussistenza, indipendentemente dal loro *nomen iuris*. A questo fine, inoltre, viene introdotta una disposizione (art. 64), la quale consente di ricondurre alla nozione di «creditore» (ai fini della presentazione di una “domanda di riconoscimento e di dichiarazione di esecutività o di esecuzione” di decisioni in materia di obbligazioni alimentari) anche gli enti pubblici aventi il diritto di agire per conto di una persona, cui siano dovuti alimenti, o di chiedere il rimborso di prestazioni erogate al creditore in luogo degli alimenti; precisando, tuttavia, che il diritto di azione è disciplinato dalla legislazione cui è soggetto l’ente²²⁷.

In conclusione, la nozione comunitaria di obbligazione alimentare continua a differire da quella del diritto italiano sotto un duplice profilo. Da un lato, nei rapporti familiari l’espressione è certamente più ampia, in quanto riferibile anche alle ipotesi di mantenimento, soprattutto nei rapporti tra coniugi o *ex coniugi* e nei confronti dei figli; al riguardo, è doveroso segnalare che il Regolamento si è però discostato dalla Proposta presentata dalla Commissione il 15 dicembre 2005, il cui art. 1, 1°co., estendeva il Regolamento anche ai “rapporti che, in forza della legge ad essi applicabile, producono effetti simili” a quelli familiari, con l’effetto di escludere dall’ambito della nuova disciplina i rapporti di convivenza non matrimoniale, ad esempio l’ipotesi contemplata dall’art. 342 *ter*, 2°co., c.c. in tema di misure di protezione contro gli abusi familiari²²⁸. Dall’altro lato, però, la nozione di obbligazione alimentare è più restrittiva, perché, in quanto collegata unicamente al rapporto familiare, esclude l’applicazione del Regolamento al caso del donatario; nonché agli alimenti di fonte successoria e convenzionale, fatta salva l’ipotesi dell’accordo meramente determinativo del contenuto di un rapporto alimentare tra familiari già esistente²²⁹.

227 La previsione si ispira ad una soluzione già adottata dalla Convenzione de L’Aja del 2 ottobre 1973 e dalla C.Giust.CE, 14.11.2002, C-271/2000, *Gemeente Steenbergen c. Baten*, in <http://eur-lex.europa.eu>. (diversamente, invece, C.Giust.CE, 15.1.2004, C-433/2001, *Freistaat Bayern c. Blijdenstein*, in <http://eur-lex.europa.eu>, in un’ipotesi di regresso per somme versate in applicazione di disposizioni di diritto pubblico); poi ripresa dall’art. 36 della Convenzione de L’Aja del 2007.

228 Peraltro, non si esclude la possibilità che la definizione di tali rapporti, in assenza di una nozione autonoma, sia rimessa ai singoli Stati membri, con un’interpretazione *lege fori*: VIARENGO, in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 809 s.; LEANDRO, *op.cit.*, 1060 ss.

229 PACIA, *op.cit.*, *sub* art. 433, 490; LEANDRO, *op.cit.*, 1060.

18. SEGUE: GIURISDIZIONE; FORI SPECIALI ALTERNATIVI, ELETTIVI E RESIDUALI

In tema di giurisdizione, l'art. 3 del Regolamento, diversamente dal Regolamento (CE) n. 44/2001²³⁰, non contempla un foro generale, ma prevede quattro fori speciali alternativi, dei quali due sono stabiliti per materie specifiche; inoltre, è ammessa la proroga, sia espressa, che tacita; infine, sono previsti due fori residuali; mentre non rimane alcuno spazio per i titoli di giurisdizione nazionali.

In particolare, i primi tre fori individuati dall'art. 3 stabiliscono la competenza del giudice del luogo della residenza abituale del convenuto o del creditore, oppure, se la domanda alimentare è accessoria ad un'azione relativa allo stato delle persone, del giudice avente giurisdizione per quest'ultima, salvo che la medesima non sia fondata solo sulla cittadinanza di una delle parti²³¹. A questi fori, si aggiunge, con una previsione formalmente nuova rispetto al Regolamento (CE) n. 44/2001, la giurisdizione del giudice competente a conoscere di un'azione relativa alla responsabilità genitoriale, sempre che la domanda alimentare sia accessoria e la competenza non sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti²³². L'art. 4 disciplina, poi, la proroga di competenza, ma il potere di scelta delle parti, rispetto al Regolamento (CE) n. 44/2001, incontra numerosi limiti, peraltro non subordinati ad alcuna valutazione di merito: anzitutto, è ammissibile solo nelle cause concernenti obbligazioni alimentari nei confronti di persone maggiori di diciotto anni d'età; inoltre, è comunque molto circoscritto, al fine di garantire l'esistenza di un collegamento fra la controversia e il giudice adito²³³. Tale fine,

230 Sulla disciplina di diritto internazionale privato e processuale concernente le obbligazioni alimentari nel campo di applicazione del Regolamento (CE) n. 44/2001, v. VIARENGO, *Le obbligazioni alimentari*, cit., p. 227.

231 Pertanto, nel mutamento delle norme contenute nel Regolamento (CE) n. 44/2001, vengono meno il foro generale del domicilio del convenuto ed il foro speciale del domicilio dell'attore: la scelta è probabilmente dovuta alla preferenza della residenza abituale come criterio di collegamento in questa materia ed alla previsione di un ampio numero di fori speciali. Anche per gli ulteriori rilievi in merito alla nozione di residenza abituale, si rinvia a POCAR, in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 811 s.; ID., *La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il regolamento 4/2009*, in AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, cit., 5 ss.; CASTELLANETA, in CASTELLANETA, LEANDRO, *op.cit.*, 1068 ss.; MARINO, *op.cit.* 802 s.

232 Infatti, come rileva POCAR, *op.ult.cit.*, 7 s. (ID., in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 813), la nuova normativa non modifica nella sostanza il Regolamento (CE) n. 44/2001, ma ne permette una corretta interpretazione, alla luce del Regolamento (CE) n. 2201/2003 (c.d. Bruxelles II-bis), relativo alla competenza, al riconoscimento e alla esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

233 Possono essere scelti il giudice della residenza abituale o della cittadinanza di una delle parti; mentre, nelle cause relative alle obbligazioni alimentari fra coniugi ed ex coniugi, può essere designato il giudice competente a conoscere della causa in materia matrimoniale, assicurandosi così la concentrazione di tutte le controversie presso un unico giudice, oppure quello del luogo dell'ultima residenza abituale comune per un periodo di almeno un anno. In argomento, CASTELLANETA, *op.cit.*, 1070 ss.; MARINO, *op.cit.*, 604 ss.; anche i profili di coordinamento con la Convenzione di Lugano 30.10.2007, che riguarda i rapporti fra Stati

però, sembra poi pregiudicato dall'ampia possibilità di prorogare tacitamente la competenza giurisdizionale prevista dall'art. 5, essendo sufficiente che il convenuto si costituisca e non eccepisca l'incompetenza: non solo tale norma è applicabile anche alle controversie relative ad obbligazioni alimentari nei confronti dei minori; ma il giudice così prorogato non necessariamente presenta un collegamento con la fattispecie, contrariamente a quanto l'art. 4 vorrebbe assicurare²³⁴. Infine, gli artt. 6 e 7 introducono altre novità, prevedendo due casi particolari di competenze speciali, cioè un foro sussidiario e il foro di necessità, quest'ultimo indicato con una formula che sarà sicuramente fonte di numerosi dubbi interpretativi²³⁵. Il primo, rappresentato dal giudice del luogo della comune cittadinanza delle parti, opera quando nessun giudice appartenente a uno Stato membro sia competente in virtù dei precedenti artt. 3, 4 e 5 del Regolamento e la giurisdizione non sussista nemmeno in capo alle autorità giurisdizionali di uno Stato parte alla Convenzione di Lugano 30 ottobre 2007²³⁶. Il *forum necessitatis*, invece, può esser invocato solo se la competenza di un giudice di uno Stato membro non può fondarsi su nessuna delle precedenti norme e se è soddisfatta una condizione di tipo materiale, cioè il procedimento non può ragionevolmente esser intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo: in questo caso, è competente il giudice del luogo che presenta un collegamento sufficiente con la controversia. Per concludere, le norme di diritto processuale civile internazionale nazionali non sono più invocabili nel campo di applicazione del Regolamento, nemmeno in via ulteriormente residuale rispetto agli artt. 6 e 7: i titoli di giurisdizione ivi stabiliti costituiscono un sistema completo ed esclusivo, che sostituisce integralmente le disposizioni interne²³⁷.

19. SEGUE: LEGGE APPLICABILE, RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DELLE DECISIONI

Con riferimento alla legge applicabile, l'art. 15 del Regolamento prevede che essa sia determinata secondo il Protocollo de L'Aja del 23 novembre 2007: questo spiega la condizione, in precedenza indicata, della sua entrata in vigore;

membri dell'Unione europea e Stati membri dell'EFTA (Paesi parte dell'accordo europeo di libero scambio, ma non membri dell'Unione europea), POCAR, *op.ult.cit.*, 813 ss.; ID., *La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il regolamento 4/2009, cit.*, 8 ss.

234 Oltretutto, la disposizione potrebbe esser utilizzata consapevolmente dalle parti per superare i limiti della proroga espressa: PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 491; nello stesso senso, MARINO, *op.cit.*, 606.

235 Per un'analisi più dettagliata della disciplina, si rinvia a POCAR, *op.ult.cit.*, 11 ss.; ID., in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 815 ss.; v. anche CASTELLANETA, *op.cit.*, 1073 ss.; MARINO, *op.cit.*, 606 s.

236 Sui rapporti tra la Convenzione di Lugano, entrata in vigore il 1° gennaio 2010, ed il Regolamento, v. BORRÁS, *op.cit.*, 25 ss.

237 In questo senso, già PACIA, *op.cit.*, sub art. 433, 492; conformi POCAR, *op.ult.cit.*, 818; ID., *La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il regolamento 4/2009, cit.*, 14; MARINO, *op.cit.*, 607.

ma consente anche l'armonizzazione della normativa comunitaria con quella posta a livello più ampio della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato²³⁸. Tuttavia, un problema sorge specificamente nell'ordinamento italiano, a seguito del rinvio che l'art. 45, l. 31 maggio 1995 n. 218, sulla Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, fa alla Convenzione de L'Aja 2 ottobre 1973 per individuare in essa la legge in ogni caso applicabile alle obbligazioni alimentari²³⁹: occorre chiedersi come dovrà interpretarsi questo richiamo, nel momento in cui il Protocollo del 2007 già ratificato dall'Unione europea - il quale sostituisce, ai sensi dell'art. 18, le precedenti Convenzioni de L'Aja in materia alimentare fra gli Stati contraenti il Protocollo stesso - sarà applicabile nell'Unione europea (comunque, in via provvisoria, a decorrere dal 18 giugno 2011) e quindi sarà vincolante per l'Italia. La soluzione più idonea sarebbe quella di intendere il rinvio, di cui all'art. 45, come formale nel suo campo di applicazione, perché ciò consentirebbe di adattare immediatamente l'ordinamento italiano a tutte le modifiche apportate alla Convenzione richiamata: pertanto, il Protocollo del 2007 sarebbe applicabile nell'ordinamento italiano, in forza dell'obbligatorietà che esso assume per il tramite dell'art. 15 del Regolamento (CE) n. 4/2009, nel suo campo di applicazione materiale originario²⁴⁰.

Per quanto concerne il riconoscimento e l'esecuzione, il Regolamento contempla due sistemi per la circolazione delle decisioni fra Stati membri. Il primo prevede per le decisioni emesse in uno Stato membro non vincolato dal Protocollo de L'Aja una specifica procedura di riconoscimento e di dichiarazione di esecutività, che sostanzialmente riproduce la procedura ed i motivi di rifiuto del riconoscimento, di cui al Regolamento (CE) n. 44/2001. Il secondo, invece, stabilisce che la decisione emessa in un Paese vincolato dal Protocollo de L'Aja, è riconosciuta automaticamente in ogni Stato membro, senza la necessità di esperire alcun procedimento e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento (art. 17, n. 1)²⁴¹. Pertanto, la fase del merito è interamente disciplinata dalla *lex fori*; la decisione, esecutiva nello Stato in cui è stata emessa, lo è anche in ogni Stato membro, senza che sia necessaria una dichiarazione che ne attesti l'esecutività (art. 17, n. 2)²⁴²; viene meno ogni controllo, ivi compreso quello relativo alla violazione

238 Ampiamente, LEANDRO, *op.cit.*, 1079 ss.; BARUFFI, *op.cit.*, 125 ss.

239 Sul tema, da ultimo, VIARENGO, in ZACCARIA, *Comm.breve dir.fam*, Padova, 2008, *Legge 31 maggio 1995, n. 218, sub art. 45*, 2418 ss.

240 PACIA, *op.loc.ult.cit.*; per la necessità di un intervento normativo, LEANDRO, *op.cit.*, 1088 ss.

241 Infatti, il riesame della sentenza, ai sensi dell'art. 19 del Regolamento (CE) n. 4/2009, è ammissibile solo nella limitata ipotesi in cui il convenuto, non comparso, non abbia ricevuto comunicazione o notificazione dell'atto introduttivo della domanda in tempo utile per presentare le proprie difese oppure non abbia avuto la possibilità di contestare il credito alimentare a causa di forza maggiore o di circostanze eccezionali a lui non imputabili.

242 Solo in alcune circoscritte ipotesi, contemplate dall'art. 21, l'esecuzione nello Stato membro richiesto può essere negata su istanza del debitore: prescrizione del diritto in forza della legge dello Stato membro di origine o di quello dell'esecuzione, se prevede un termine più lungo; contrasto con altra decisione emessa nello Stato membro dell'esecuzione ovvero in altro Stato

dell'ordine pubblico²⁴³. E' importante ricordare che tale automaticità mira soltanto a consentire il recupero del credito alimentare e non implica anche il riconoscimento del rapporto di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità che ha dato luogo all'obbligazione alimentare, cui è riferita la decisione (art. 22).

Così operando, il Regolamento ha recepito le indicazioni del Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, nel quale Consiglio e Commissione erano stati invitati a dettare norme procedurali comuni e speciali, volte a semplificare ed accelerare la composizione delle cause transfrontaliere riguardanti, soprattutto, i crediti alimentari; nonché a sopprimere tutte le formalità e le procedure di autorizzazione interne agli Stati membri (cd. "*exequatur*"), necessarie per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni emesse in altro Stato membro in materia di crediti alimentari, in modo da introdurre un certo automatismo nella suddetta esecuzione.

A questo fine, il Regolamento istituisce, a somiglianza di altre convenzioni in materia di diritto internazionale privato, un sistema di Autorità centrali destinato a facilitare la raccolta di informazioni e la trasmissione delle domande di alimenti²⁴⁴. Fra i compiti di tali Autorità rientrano l'assistenza ai creditori e ai debitori di alimenti nel fare valere i propri diritti in un altro Stato membro, mediante la presentazione di domande di riconoscimento, di dichiarazione di esecutività e di esecuzione di decisioni esistenti, di modifica di tali decisioni e di emanazione di una decisione. Inoltre, le Autorità devono scambiarsi informazioni per localizzare debitori e creditori ed individuare, se del caso, i loro introiti e beni; infine, devono cooperare tra loro, scambiandosi informazioni e promuovendo la cooperazione tra le autorità competenti del rispettivo Stato membro.

Sempre al medesimo fine, il nuovo Regolamento prevede che il creditore di alimenti non è tenuto a disporre nello Stato membro dell'esecuzione, né di un recapito postale, né di un rappresentante autorizzato, ferma restando peraltro l'organizzazione interna degli Stati membri in materia di procedure di esecuzione. Non è necessaria neppure la traduzione del provvedimento da portare ad esecuzione, a meno che non vi sia una contestazione di detta esecuzione e fatte salve le regole applicabili alla notificazione e alla comunicazione degli atti. Inoltre, al fine di assicurare il recupero rapido ed efficace di un credito alimentare ed evitare i ricorsi dilatori, l'art. 39 riconosce all'autorità giurisdizionale d'origine il potere di dichiarare la decisione provvisoriamente esecutiva, "nonostante un eventuale ricorso, anche se la legislazione nazionale non prevede l'esecutività di diritto".

membro o in uno Stato terzo, che soddisfi i requisiti necessari al suo riconoscimento nello Stato dell'esecuzione; invece, può essere sospesa, se nello Stato membro di origine è stata presentata domanda di riesame ex art. 19 o se ivi l'esecutività è stata sospesa.

243 Ampiamente, LEANDRO, *op.cit.*, 1090 ss.; VIARENGO, *Il recupero dei crediti alimentari nel diritto comunitario: il regolamento 4/2009*, cit., 119 ss.; ID., in POCAR, VIARENGO, *op.cit.*, 822 ss.; BARUFFI, *op.cit.*, 135 ss.; MARINO, *op.cit.*, 609 ss.

244 Si rinvia a VIARENGO, *op.ult.cit.*, 826 ss.; ID., *Il recupero dei crediti alimentari nel diritto comunitario: il regolamento 4/2009*, cit., 122 ss.; LEANDRO, *op.cit.*, 1103 ss.

Summary

ALIMENTARY OBLIGATION IN THE ITALIAN LEGAL ORDER

Presumptions for alimentary obligation are a state of necessity and economic conditions of a debtor. Due to the first presumption, this institute differs from other obligations of contribution and maintenance. Moreover, the presumption is a basis for its identification with hereditary legal maintenance of a separated spouse with duties or of a divorced spouse. The second presumption does not call for a special diligence of a debtor, and therefore, it presents an exception from the general rule prescribed in the Article 1175 c.c. Under the Article 445. c.c. the right to alimony can be executed from the day when legal actions were brought in court or from the day of debtor's *interpellatio morae*. Having in mind that a complaint or *interpellatio morae* has an exclusive function to limit retroactivity of a court judgment, it is believed that the right to alimony does not exclude a constitutive nature of the judgment if the complaint is filed in the period of six months. It is a complex case where plaintiff's potestative right is involved together with a decision on the establishment of presented facts and condemnatory judgment as an outcome.

Contrary to the prevailing opinion it is thought that, with debtor's consensus, it is possible to overcome the prohibition of alimentary claim cession under the Article 447. c.c. Furthermore, it is not possible to conclude that the above provision is also about undisposable rights in cases of aspects which are not explicitly regulated (withdrawal, settlement, compromise during the arbitration). According to the Article 448 c.c. and Article 660 c.c. that regulates the legacy, private subjects have the right to create alimentary obligations and the possibility to apply solutions that are provided for legal obligations.

Regulation (EC) no. 4/2009 (in force from 18 October 2011) contains new provisions which were created due to the implementation of the Hague Convention of 23 November 2007, and the Hague Protocol of 23 November 2007. Now, provisions on jurisdiction, implementation of rights, recognition and enforcement of decisions, court settlements, public acts, cover of expenses by the state and cooperation with the central authorities have been provided in a single legal act. The Regulation accepts a common notion of alimentary obligation, which also stands for maintenance, exclusively relating to family legal relations. In regard to the issue of jurisdiction, the Regulation presents a comprehensive and exclusive system that entirely substitutes domestic (internal) provisions. The Article 15 specifies that the applicable law shall be determined in accordance with the Hague Protocol of 23 November 2007.

Key words: *notion, expiration of the time-limit, disposability, sources, Regulation.*

Zusammenfassung

UNTERHALTSZAHLUNGSPFLICHT IM ITALIENISCHEN RECHT

Notlage und wirtschaftliche Verhältnisse des Schuldners stellen die Voraussetzungen für die Unterhaltszahlungspflicht dar. Durch die erste Voraussetzung unterscheidet sich dieses Institut von anderen Beitrags- und Unterhaltungspflichten, weshalb dieses Institut mit dem nachlassrechtlichen Unterhalt zu Gunsten des getrennten Ehegatten, der Verpflichtungen hat oder des geschiedenen Ehegatten identifiziert wird. Die zweite Voraussetzung fördert keine besondere Sorgfalt seitens des Schuldners auf, und weicht insofern vom Artikel 1175 Zivilgesetzbuch Italiens ab. Das Recht auf Unterhaltszahlung, das ab dem Tag der Klage oder ab dem Tag des *interpellatio morae* des Schuldners geltend gemacht werden kann (falls die Klage innerhalb von sechs Monaten erfolgt), schließt die konstitutive Art des Urteils nicht aus, aus dem Grunde, dass sowohl die Klage, als auch *interpellatio morae* ausschließlich zur Einschränkung der Rückwirkung des Urteils dienen. Deswegen handelt es sich um einen schwierigen Fall, welcher das Gestaltungsrecht des Klägers, die Entscheidung über die Feststellung beilegender Tatsachen und schließlich ein Leistungsurteil umfasst.

Im Gegensatz zu der überwiegend vertretenen Meinung wird in dieser Arbeit argumentiert, dass das Abtretungsverbot der Unterhaltsforderung aus Art. 447 ZGB mit der Einwilligung des Schuldners überbrückbar ist. Insbesondere sollte nicht geschlossen werden, dass die genannte Norm auch Nichtverfügbarkeit von Rechten und von anderen Aspekten wie Verzicht, Ausgleich oder schiedsrichterlichen Kompromiss voraussetzt. Aus Art. 448 und 660 über Legat ZGB ergibt sich, dass private Subjekte auch das Recht auf Unterhaltspflichtentstehung haben und dabei gleiche Lösungen wie für gesetzliche Pflichten anwenden können.

Als eine Art Ersatzes der vorherigen Bestimmungen der Haager Konvention vom 23. November 2007 und des Haager Protokolls vom 23. November 2007 beinhaltet die Verordnung Nr. 4/2009 (tritt in Kraft am 18. Oktober 2011) einheitliche Bestimmungen über Zuständigkeit; Rechtsanwendung; Anerkennung; Vollstreckbarkeit des Urteils; gerichtliche Ausgleiche; öffentliche Akten; Kostenbegleichung vom Staat und Mitarbeit zwischen den Behörden. Diese Verordnung führt außerdem einen gemeinsamen Begriff der Unterhaltszahlungspflicht ein. Darunter ist auch Unterhalt zu verstehen, wobei sich dieser Begriff ausschließlich auf familienrechtliche Verhältnisse bezieht. In Hinsicht auf die Zuständigkeitsfrage, bringt diese Verordnung ein Exklusivsystem dar und ersetzt somit die gesamten nationalen Bestimmungen, während Art. 15 voraussetzt, dass durch das Haager Protokoll vom 23. November 2007 festgestellt wird, welches Recht anzuwenden ist.

Schlüsselwörter: Begriff, Fristablauf, Verfügbarkeit, Quellen, Verordnung

Riassunto

**L'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO**

Dei due presupposti dell'obbligazione alimentare, stato di bisogno e condizioni economiche dell'obligato, il primo consente di distinguere l'istituto dagli obblighi di contribuzione e di mantenimento, ma di affermarne l'identità con gli assegni successori a favore del coniuge separato con addebito e divorziato; il secondo, non richiedendo una diligenza specifica dell'obligato, si discosta dalla regola generale degli artt. 1175 s. c.c. Si ritiene che la decorrenza degli alimenti, *ex art. 445 c.c.*, dal giorno della domanda giudiziale o della costituzione in mora dell'obligato, se seguita entro sei mesi dalla domanda, non escluda la natura costitutiva della sentenza, avendo la domanda o la costituzione in mora solo la funzione di segnare il limite di retroattività del provvedimento giudiziale: trattasi di fattispecie complessa, di cui sono elementi il diritto potestativo dell'attore e la pronuncia di accertamento costitutiva dei fatti allegati; ad essa si accompagna una sentenza consequenziale di condanna. In contrasto con la tesi prevalente, si considera superabile, con il consenso del debitore, il divieto di cessione del credito (alla singola prestazione) alimentare previsto dall'art. 447 c.c.; di conseguenza, si nega la possibilità di inferire da tale norma l'indisponibilità del diritto anche per i profili non espressamente disciplinati (rinuncia, prescrizione, transazione, compromesso in arbitri). Dalla lettera dell'art. 448 c.c. e dalla previsione del legato di alimenti *ex art. 660 c.c.*, derivano il potere dei privati di creare vincoli alimentari e l'applicabilità ai medesimi della disciplina della figura legale.

Il Regolamento (CE) n. 4/2009 (applicabile a decorrere dal 18 giugno 2011), sostituendosi alle norme preesistenti e recependo le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 23 novembre 2007 e del Protocollo de L'Aja del 23 novembre 2007, ha racchiuso in un unico atto le norme in materia di giurisdizione; legge applicabile; riconoscimento, esecutività ed esecuzione delle decisioni, delle transazioni giudiziarie e degli atti pubblici; patrocinio a spese dello Stato; cooperazione tra Autorità centrali. Il Regolamento non si discosta dalla nozione comunitaria di obbligazione alimentare, comprensiva anche del mantenimento e collegata unicamente al rapporto familiare; i titoli di giurisdizione costituiscono un sistema completo ed esclusivo, che sostituisce integralmente le disposizioni interne; l'art. 15 prevede che la legge applicabile sia determinata secondo il Protocollo de L'Aja del 23 novembre 2007.

Parole chiave: *nozione, decorrenza, disponibilità, fonti, Regolamento comunitario*